

MASTER'S THESIS

Gevolgen van schending van beleidsregels AFM voor de toepassing van de remedies dwaling en schending van de privaatrechtelijke zorgplicht

Wulf, C.A.

Award date:

2020

Awarding institution:

Department of Private Law

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain.
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 05. May. 2023

Open Universiteit
www.ou.nl



**Gevolgen van schending van beleidsregels AFM
voor de toepassing van de remedies dwaling en schending van de
privaatrechtelijke zorgplicht**



naam: Christian A. Wulf
studentnummer: 851876516
begeleider: Prof. mr. J.G.J. Rinkes
examinator: Prof. mr. A. Ernes
aantal woorden: 14.529
inleverdatum: 29 mei 2020

Inhoudsopgave

Deel 1 Inleiding

Hoofdstuk 1 Inleiding

1	Introductie van het onderzoek	5
2	Aanleiding voor het onderzoek, probleemstelling en onderzoeksvraag	5
3	Aanpak en methode van het onderzoek	6
4	Maatschappelijke en wetenschappelijke relevantie van het onderzoek	6
5	Hoofdstukindeling: introductie, verkenning en verdieping	7

Deel 2 Verkenning en verdieping

Hoofdstuk 2 Financieel toezicht

1	Inleiding	9
2	Wft	9
2.1	Toeziethouders	10
3	AFM	10
4	Samenvatting	11

Hoofdstuk 3 Beleidsregels

1	Inleiding	12
2	Wat zijn beleidsregels?	12
3	AFM en beleidsregels	13
4	Welke waarde wordt door de rechtspraak toegekend aan beleidsregels?	14
5	Samenvatting	15

Hoofdstuk 4 Civielrechtelijke instrumenten

1	Inleiding	16
2	Nietige rechtshandelingen	16
3	Vernietiging	17
4	Ontbinding wegens tekortkoming	18
5	Onrechtmatige daad	18
6	Civiele procedure	19
7	Samenvatting	20

Hoofdstuk 5 Dwaling

1	Inleiding	21
2	Dwaling	21
2.1	Oordeel Hoge Raad	22
3	Dwaling vanwege een (onjuiste) mededeling	22
4	Niet nakomen van een mededelingsplicht	23
4.1	Onjuiste voorstelling van zaken	24
4.2	Causaal verband	24
4.3	Mededelingsplicht	24
5	Wederzijdse dwaling	25
6	Dwaling voor eigen rekening	25
6.1	Bestaat een mededelingsplicht?	26
6.2	Is de mededeling voldoende duidelijk?	26
6.3	Tussenconclusie	26
7	Dwaling; casuïstiek	27
7.1	De T. / Dexia arrest	29
7.1.1	Dwaling vanwege een (onjuiste) mededeling	29
7.1.2	Dwaling vanwege het niet nakomen van een mededelingsplicht	29
7.1.3	Dwaling voor eigen rekening	30
8	Conclusie	31

Hoofdstuk 6 Zorgplicht

1	Inleiding	32
2	Publiekrechtelijke zorgplicht	32
3	Algemene zorgplicht van opdrachtnemers	33
4	Bijzondere zorgplicht	33
4.1	Kenmerken van de bijzondere zorgplicht	36
5	Verschillen tussen civielrechtelijke zorgplicht en publiekrechtelijke zorgplicht	36
6	Gevolg van schending van een bijzondere zorgplicht	37
6.1	Gevolg overtreding beleidsregel	37
7	Conclusie	39

Deel 3 Conclusies

Hoofdstuk 7 Conclusie

1	Inleiding	41
2	Financieel toezicht en beleidsregels	41
3	Civilrechtelijke instrumenten	41
4	Dwaling	42
4.1	Dwaling vanwege een (onjuiste) mededeling	42
4.2	Niet nakomen van een mededelingsplicht	42
5	Zorgplicht	43
6	Conclusie onderzoeksvraag	44
	Geraadpleegde literatuur	45
	Geraadpleegde jurisprudentie	49

Deel 1

Inleiding

1 *Inleiding*

1.1 Introductie van het onderzoek

Het financieel toezicht dient een publiek belang. De toezichthouder houdt toezicht op financiële ondernemingen om ervoor te zorgen dat zij zich aan de regels houden. Dit is in het belang van consumenten. Indien de financiële markt faalt heeft dit vanzelfsprekend verstrekende gevolgen voor de maatschappij. Zo is het financiële toezichtrecht gericht op het adequate functioneren van de financiële markt. In de Wet op het financieel toezicht ('Wft') is het merendeel van de regels van het financieel toezicht neergelegd. Deze wet bevat regels voor onder andere het gedrag van financiële ondernemingen. De Autoriteit Financiële Markten ('AFM') wordt in de Wft aangewezen als toezichthoudend orgaan voor gedragstoezicht en heeft van de wetgever bepaalde taken en bevoegdheden gekregen op het terrein van regulering en handhaving. In de Wft zijn open en gesloten normen opgenomen waarbij met betrekking tot de open normen de AFM beleidsregels verstrekt. De bevoegdheid van de AFM tot het vaststellen van beleidsregels is gebaseerd op de Algemene Wet Bestuursrecht ('Awb'). Beleidsregels hebben een publiekrechtelijke grondslag en hebben werking jegens financiële ondernemingen. Formeel zijn deze dus van publiekrechtelijke aard en worden deze via de Awb gehandhaafd door de AFM. De beleidsregels zijn echter onder invloed van privaatrechtelijke normen. Deze wisselwerking maakt dat een interessant samenspel ontstaat. De doorwerking hiervan in het civiele recht geeft consumenten in geval van schending van een beleidsregel de beschikking over diverse civielrechtelijke remedies, zoals vernietiging, ontbinding, onrechtmatige daad en dwaling. Interessant is dus dat de consument diverse manieren heeft om de beleidsregels via het privaatrecht te handhaven, ondanks dat de Wft art. 3:40 lid 2 BW buiten spel zet.

In dit onderzoek wordt op zoek gegaan naar enkele civielrechtelijke gevolgen van een overtreding van een beleidsregel. Deze zoektocht wordt vormgegeven door het toezicht, beleidsregels, zorgplicht en enkele civielrechtelijke instrumenten vanuit verschillende disciplines te benaderen. De Wft bevat veel specifieke zorgplichten die de civiele rechter heeft afgeleid uit de bijzondere zorgplicht. Dergelijke zorgplichten worden in het bestuursrecht verder uitgewerkt tot gedragsregels. Hoewel het civielrechtelijke juridisch perspectief centraal staat in dit onderzoek, wordt voor het definiëren en uitwerken van Wft, toezicht en beleidsregels gebruikgemaakt van inzichten uit het publiekrecht.

1.2 Aanleiding voor het onderzoek, probleemstelling en onderzoeksvraag

De probleemstelling volgt uit het gegeven dat de AFM als gedragstoezichthouder zich richt op de zeer ruime taakstelling betreffende onder andere zorgvuldige behandeling van consumenten door financiële ondernemingen. In dat kader verstrekt de AFM beleidsregels aan financiële ondernemingen. Uit de Wft blijkt dat overtreding van een toezichtregel in beginsel niet betekent dat de onderliggende rechtshandeling nietig of vernietigbaar is. Het is onduidelijk in hoeverre een overtreding van een beleidsregel een rol kan spelen in civielrechtelijke verhoudingen en dan met name bij schending zorgplicht en dwaling.

De onderzoeksvraag van deze scriptie luidt:

“In hoeverre kan schending van een AFM beleidsregel invulling geven aan de civielrechtelijke toepassing van remedies zoals dwaling en schending van een zorgplicht?”

De onderzoeksvraag is onder te verdelen in een aantal deelthema's. Deze thema's zijn evident voor de structuur van het onderzoek. In de eerste plaats wordt verkend wat financieel toezicht inhoudt en wordt via de Wft een link naar de toezichthouders gemaakt. In de tweede plaats wordt de beleidsregel gedefinieerd en wordt nagegaan hoe de AFM aan haar bevoegdheid komt tot het maken van beleidsregels en welke waarde hieraan in de rechtspraak wordt toegekend. Uit deze thema's volgen relevante inzichten die worden gebruikt bij de verdere behandeling van de onderzoeksvraag. Na deze publiekrechtelijke thema's wordt de koppeling gemaakt naar het civiele recht en de instrumenten die de consument voor handen heeft bij overtredingen van financiële ondernemingen. Daarna volgt een verkenning en verdieping van het leerstuk dwaling, waarbij aandacht is voor het oordeel van de Hoge Raad, recente ontwikkelingen en casuïstiek. Vervolgens worden handelingen van financiële ondernemingen getoetst aan zorgplichten. Vanuit een theoretisch perspectief wordt gezien wat de verschillende zorgplichten zijn. Daarna volgt een behandeling van de gevolgen van overtreding van een beleidsregel bij toepassing van de remedie 'schending van een privaatrechtelijke zorgplicht'.

1.3 Aanpak en methode van het onderzoek

Dit onderzoek is een juridisch onderzoek en daarom staan de rechtswetenschappelijke methoden centraal. Voor de juridische analyse is literatuur, rechtspraak en wetgeving bestudeerd. De publiekrechtelijke thema's zijn grotendeels beschrijvend en komen tot stand door onder andere rechtshistorisch onderzoek. De civielrechtelijke thema's worden door reeds bestaande inzichten gekaderd en worden zelfstandig getoetst aan de onderzoeksvraag. Via jurisprudentieonderzoek worden de verschillende thema's binnen het onderzoek aangevuld vanuit een historisch perspectief. Daarnaast draagt het jurisprudentieonderzoek bij aan de toetsing van de onderzoeksvraag. De gebruikte primaire bronnen zijn wetgeving op verschillende niveaus, beleidsregels, jurisprudentie, kamerstukken, memorie van toelichting, internetbronnen, vakbladen en literatuur in zijn algemeenheid.

1.4 Maatschappelijke en wetenschappelijke relevantie van het onderzoek

Dit onderzoek draagt bij aan de ontwikkeling van wetenschappelijk onderzoek met als thema's beleidsregels en de civielrechtelijke gevolgen van overtreding hiervan. Hoewel het een civielrechtelijk juridisch onderzoek betreft, bouwt het voort op bepaalde publiekrechtelijke thema's. De inzichten hiervan zijn van belang voor de civielrechtelijke toetsing en derhalve ook voor de uitkomst van het onderzoek. Het onderzoek verbindt diverse perspectieven en conclusies op toezicht, beleidsregels, civielrechtelijke gevolgen van overtreding van beleidsregels met in het bijzonder een toetsing aan dwaling en schending zorgplicht. Zowel maatschappelijk als wetenschappelijk is dit onderzoek daarom relevant.

De maatschappelijke relevantie blijkt uit de toegenomen behoefte om de consument te beschermen tegen de doorgaans beter geïnformeerde financiële ondernemingen, het toenemen van beleidsregels om de open normen in de wetgeving in te kleuren en de toenemende kritiek dat zowel normstelling, toezicht en sanctionering in één hand zijn. Waar de toezichthouder in het verleden werd beschouwd als een hulpmiddel van een ministerie, krijgt het mede door delegatie meer bevoegdheden en een functie binnen de maatschappij. De maatschappelijke relevantie

volgt tevens uit de rol van toezicht in het algemeen. Vanuit de maatschappij wordt uitgegaan dat er adequaat toezicht is en dat de toezichthouder het financiële stelsel, de maatschappij en de consument als individu beschermt tegen financiële misstanden.

Vanuit wetenschappelijk perspectief behandelt dit onderzoek een betrekkelijk nieuw terrein als geheel. Afzonderlijk is al veel geschreven over toezicht, AFM, beleidsregels, dwaling en schending zorgplicht. Over deze thema's bij elkaar is niet veel geschreven. Via dit onderzoek komen verschillende dimensies bij één en draagt het derhalve bij aan de rechtswetenschap. Het onderzoek kent namelijk een publiekrechtelijk deel waarbij via bevoegdheden uit de Awb beleidsregels worden gemaakt voor financiële ondernemingen die een civielrechtelijk effect hebben op de rechtsverhouding tussen consumenten en financiële ondernemingen.

1.5 Hoofdstukindeling: introductie, verkenning en verdieping

De opzet van dit onderzoek is als volgt:

Hoofdstuk 1 is het inleidende hoofdstuk. In dit hoofdstuk wordt de onderzoeksvraag uiteengezet en wordt ingegaan op de onderzoeksmethode van dit onderzoek.

Hoofdstuk 2 bevat een introductie tot de Wft en de AFM.

Hoofdstuk 3 is een hoofdstuk waarin beleidsregels worden behandeld.

Hoofdstuk 4 bevat een analyse van de civielrechtelijke instrumenten die consumenten voor handen hebben alsmede de civielrechtelijke gevolgen van wetsovertredingen door financiële ondernemingen.

Hoofdstuk 5 bevat de kern van dit onderzoek en gaat over in hoeverre schending van een beleidsregel invulling kan geven aan de thematiek dwaling.

Hoofdstuk 6 gaat in op het leerstuk zorgplicht en is samen met hoofdstuk 5 de kern van dit onderzoek. Uit dit hoofdstuk blijkt in hoeverre overtreding van een beleidsregel invulling kan geven aan schending zorgplicht.

Hoofdstuk 7 bevat de conclusie van het onderzoek. Hiertoe zal worden ingegaan op de bevindingen in de hierboven genoemde hoofdstukken.

Deel 2

Verkenning en verdieping

2 *Financieel toezicht*

2.1 Inleiding

De financiële sector is het fundament van de welvaart van een rechtsstaat. Daarmee is deze sector van belang voor iedere burger en daarnaast is vrijwel iedere burger een financiële consument. Daarom is het van belang dat het toezicht op de financiële sector op orde is. In 1995/1996 heeft de toenmalige Minister van Financiën aangegeven dat de doelstelling van de financiële toezichtwetten tweeledig is: (i) het beschermen van de afnemers van de diensten en (ii) het bevorderen van de goede werking van de financiële markten en het handhaven van het vertrouwen in de financiële sector.¹

Dit hoofdstuk zal beperkt gaan over de historie van het financieel toezicht, de Wft en de AFM.

2.2 Wft

De Wft is op 1 januari 2007 in werking getreden en het gros van de regels van het financieel toezicht is in deze wet neergelegd. De Wft bevat gedetailleerde regels voor onder andere het gedrag van aanbieders van financiële diensten. Transparantie is daarbij een kernbegrip: adequate informatieverstrekking is een basisvoorwaarde voor de consument om invulling te kunnen geven aan zijn eigen verantwoordelijkheid bij de aanschaf van een financieel product, aldus Rinkes.² De hoofdregel in de financiële toezichtwetgeving, is dat handelingen met betrekking tot financiële instrumenten zijn toegestaan als de noodzakelijke informatie is verstrekt en de zorgvuldigheid in acht is genomen.³

De regels in de Wft en de onderliggende regelgeving vormen samen een gelaagd systeem. De Wft bevat eigen regels, maar is tegelijkertijd ook een kapstok voor lagere regelgeving.⁴ Het raamwerk bestaat uit vier lagen, waarbij de eerste de Wft zelf is, de tweede wordt gevormd door de Algemene Maatregelen van Bestuur, de derde bestaat uit wettelijke regels en de vierde laag zijn beleidsregels van de Minister van Financiën, De Nederlandse Bank ('DNB') en AFM. Veel bepalingen die in het nationale financiële toezicht zijn verwerkt vindt haar oorsprong in Europese regelgeving.⁵ De verbodsbepalingen van de Wft bepalen de reikwijdte van deze wet.⁶

De wetgever heeft in de Wft open en gesloten normen opgenomen. De open normen zijn globaal geformuleerd en laten aan marktpartijen de ruimte om zelf te bepalen op welke wijze het doel

¹ *Kamerstukken II 1995/96*, 24843, nr. 2.

² Rinkes 2010, p. 75.

³ Cherednychenko, *Rechtsgeleerd magazijn Themis* 2012/5, p. 233.

⁴ Eisma, *Ondernemingsrecht* 2007/2.

⁵ Enkele voorbeelden zijn: PSD2, MiFID II en de AIFMD.

⁶ Deel 2 van de Wft.

wordt gerealiseerd en of aan de gedragsvoorschriften wordt voldaan.⁷ Aan de andere kant bestaan de gesloten normen. Deze zijn precies geformuleerd en duiden aan wat wel of niet is toegestaan.⁸ Met betrekking tot de open normen in de Wft verstrekt de AFM beleidsregels als bedoeld in art. 1:3 lid 5 Awb. De bevoegdheid van de AFM tot het vaststellen van beleidsregels is gebaseerd op art. 4:81 lid 1 Awb.⁹ Hoofdstuk 3 gaat nader in op de beleidsregels.

2.2.1 Toezichthouders

In beginsel was er sprake van sectoraal toezicht waarbij iedere financiële onderneming met één toezichthouder te maken had. Dit is in 2002 veranderd naar een functioneel toezicht en sindsdien is het financieel toezicht in Nederland te onderscheiden in prudentieel en gedragstoezicht, dat zijn basis vindt in art. 1:24 en 1:25 Wft. Dit toezicht beoogt uiteindelijk de marktwerking en daarmee het belang van aanbieders en diensten van financiële producten, te bevorderen.¹⁰ De Wft regelt dat de AFM en DNB toezicht houden op de financiële markten en de financiële ondernemingen. De AFM houdt toezicht op de naleving van gedragsregels en de DNB houdt toezicht op de naleving van prudentiële regels. DNB ziet ook toe op enkele bedrijfseconomische normen, zoals de solvabiliteits- en liquiditeitsvereisten.

2.3 AFM

In tegenstelling tot de DNB heeft de AFM in dit onderzoek een eigen paragraaf vanwege de relevantie met betrekking tot de onderzoeksvraag.

Voor het functioneren van de financiële markten is de Minister van Financiën verantwoordelijk. Het bestuur van de AFM wordt door de minister benoemt en keurt de begroting goed. De AFM is een zelfstandig bestuursorgaan en draagt de verantwoordelijkheid voor de concrete uitoefening van het toezicht. Tot slot adviseert de AFM betrokken ministeries bij het ontwikkelen van nieuwe wet- en regelgeving.

De AFM wordt in art. 1:25 lid 2 Wft aangewezen als toezichthoudend orgaan voor gedragstoezicht. In art. 2.1 sub B van de statuten van de AFM wordt een koppeling gemaakt met de aan haar wettelijke toegewezen taak. De AFM heeft als doel het bevorderen van eerlijke en transparante financiële markten. De AFM heeft bevoegdheden om informatie te verzamelen met als doel het beoordelen van de naleving van de financieelrechtelijke toezichtregels.

De AFM is een bestuursorgaan in de zin van Awb en daarmee moet zij zich houden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Deze beginselen normeren het gedrag van de AFM. Schending van een beginsel kan tot gevolg hebben dat het bestreden besluit leidt tot vernietiging, of dat het besluit opnieuw genomen moet worden.¹¹ Twee voorbeelden van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn: het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel. Het optreden van de AFM is niet afhankelijk van de financiële sector of van initiatieven vanuit de maatschappij. De AFM heeft een eigen verantwoordelijkheid en treedt daardoor initiërend op.

⁷ Een voorbeeld van een open norm is dat informatie aan consumenten *duidelijk* moet zijn.

⁸ Een voorbeeld van een gesloten norm is de verplichting om in reclame-uitingen over krediet een kredietwaarschuwing op te nemen.

⁹ In hoofdstuk 3 wordt de beleidsregel behandeld.

¹⁰ Rinkes 2010, p. 77.

¹¹ Bijvoorbeeld met een deugdelijkere motivering.

De AFM heeft als bestuursorgaan van de wetgever toezichtbevoegdheden gekregen. Deze worden bijvoorbeeld ingezet bij thema- of sectorenonderzoeken. De AFM kan op grond van art. 1:74 lid 1 Wft inlichtingen vorderen en de financiële onderneming is op grond van art. 5:20 Awb verplicht medewerking te verlenen. Als de AFM een overtreding van de Wft constateert kan zij handhavend optreden. De instrumenten die de AFM hiervoor heeft worden in de praktijk vaak verdeeld in twee categorieën: bestraffende sancties en herstelsancties. Enkele bekende handhavingsinstrumenten zijn: bestuurlijke boete¹², last onder dwangsom¹³ en de aanwijzing¹⁴. De bestuursrechter is de aangewezen rechter bij geschillen tussen de AFM en de financiële ondernemingen en ziet erop toe dat de toezichthouder de bestuursrechtelijke regelgeving correct toepast.

2.4 Samenvatting

De Wft is sinds 1 januari 2007 in werking en vrijwel alle regels van het financieel toezicht zijn in deze wet neergelegd. Het raamwerk van de Wft bestaat uit vier lagen, waarbij de vierde laag beleidsregels van onder andere de AFM vormt. In de Wft zijn open en gesloten normen opgenomen. De open normen zijn globaal geformuleerd en de gesloten normen zijn precies geformuleerd. De AFM verstrekt met betrekking tot de open normen beleidsregels en deze bevoegdheid ontleent de AFM aan de Awb. Als de AFM een overtreding van de Wft constateert kan zij handhavend optreden. De AFM moet zich houden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

¹² Art. 1:80 Wft.

¹³ Art. 1:79 Wft.

¹⁴ Art. 1:75 Wft.

3 *Beleidsregels*

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de bestuursrechtelijke beleidsregel behandeld. In het verleden werd het verschijnsel van de beleidsregel ook wel pseudo-wetgeving genoemd. De juridische erkenning van het begrip volgde later uit het Leidraad-arrest.¹⁵ In dit arrest werd het toegenomen maatschappelijk belang van beleidsregels erkend. In 1998 werd de beleidsregel als besluit in de Awb gedefinieerd en hiermee werd de juridische status bevestigd. Daarnaast is in dit hoofdstuk aandacht voor de AFM en beleidsregels.

Paragraaf 3.2 gaat over wat beleidsregels zijn. Daarna gaat paragraaf 3.3 over de beleidsregels van de AFM en welke waarde de rechtspraak toekent aan beleidsregels wordt in paragraaf 3.4 behandeld. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een samenvatting (3.5).

3.2 Wat zijn beleidsregels?

De wetgever heeft in art. 1:3 lid 4 Awb vastgelegd dat aan een beleidsregel de volgende elementen worden toegekend: (i) een algemene regel, (ii) omtrent de uitleg van wettelijke voorschriften en (iii) welke is vastgesteld bij besluit.¹⁶ Het 'besluit-begrip' is voorwerp van zeer omvangrijke juridische literatuur en van een groot aantal rechterlijke uitspraken. In de kern komt het neer op het volgende: het besluitbegrip gaat uit van een rechtshandeling: een expliciete handeling waarmee de rechtsgevolgen die de beleidsregel teweegbrengt, worden nagestreefd.¹⁷ Bovendien moet een beleidsregel beperkt blijven tot het hanteren van een bevoegdheid waarover een bestuursorgaan reeds beschikt. Er worden geen eisen gesteld aan de vorm en aanduiding van beleidsregels. Een beleidsregel kan zijn neergelegd in onder meer een nota, een circulaire, een brief of een plan.¹⁸ Er zijn drie categorieën beleidsregels te onderscheiden: (i) beleidsregels die een afweging van belangen betreffen; (ii) beleidsregels die vaststelling van feiten betreffen; en (iii) beleidsregels die uitleg geven aan wettelijke voorschriften.¹⁹ Voor een beleidsregel geldt dat deze pas in werking treedt zodra de beleidsregel is bekendgemaakt (art. 3:40 Awb).²⁰

De bevoegdheid om beleidsregels vast te stellen wordt geregeld in art. 4:81 Awb. Op grond van het eerste lid kan een bestuursorgaan beleidsregels vaststellen met betrekking tot een hem toekomende bevoegdheid. De hogere regelgeving zal wel ruimte moeten geven om een beleidsregel op te stellen. Indien een normstelling algemeen is geformuleerd wordt verondersteld

¹⁵ HR 28 maart 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC4258.

¹⁶ Omwille van de overzichtelijkheid van dit onderzoek is gekozen voor een verkorte weergave van dit wetsartikel.

¹⁷ Bröring 1993, p. 395.

¹⁸ De Poorter, in: *T&C Awb*, art. 1:3 Awb 2019.

¹⁹ Van Wijk, e.a., 2014, p. 222.

²⁰ ABRvS 27 juli 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU0140.

dat deze ruimte aanwezig is. Uit onderzoek is geconcludeerd dat bestuursorganen in zijn algemeenheid in toenemende mate beleidsregels vaststellen.²¹

3.3 AFM en beleidsregels

De wetgever heeft binnen de Wft gekozen voor een principles-based benadering, dat betekent dat geen specifieke regels worden geformuleerd. Dit geeft de financiële ondernemingen een zekere vrijheid om aan de norm te voldoen. Het doel is voldoen aan de norm, hoe een financiële onderneming dit doel bereikt is van ondergeschikt belang. De keerzijde is dat de wetgever hiermee ook veel verantwoordelijkheid geeft aan de financiële ondernemingen. De ruimte die de wetgever heeft gegeven wordt door de toezichthouders vaak ingekleurd door het vaststellen van beleidsregels. In de literatuur lijkt sprake te zijn van voorzichtige kritiek op de situatie waarin een bestuursorgaan in het kader van een toezichthoudende taak bevoegd is om open normen in te vullen door middel van beleidsregels. Hierdoor komen de facto normstelling, toezicht en sanctionering in één hand te liggen.²²

Met betrekking tot de open normen in de Wft verstrekt de AFM beleidsregels als bedoeld in art. 1:3 lid 4 Awb. Van de door de AFM gegeven beleidsregels valt het grootste gedeelte onder de laatste van de drie categorieën (iii: beleidsregels die uitleg geven aan wettelijke voorschriften, zie paragraaf 3.2). Het achterliggende doel waarom de AFM beleidsregels formuleert is om hun beleid op dit specifieke onderwerp voor de betrokken marktpartijen inzichtelijk en toegankelijk te maken. De AFM wil inzicht geven in de manier waarop zij omgaat met deze open normen in haar toezicht. Volgens eigen zeggen wil de AFM een oriëntatiepunt zijn voor marktpartijen, ook als het gaat om open normen.²³

Op de website van de AFM staat dat de belanghebbenden en/of de markt worden geconsulteerd over de inhoud van de beleidsregels voorafgaand aan de publicatie.²⁴ De beleidsregels worden door de AFM gepubliceerd in de Staatscourant. Verder verklaart de AFM dat als bij handhavingsbesluiten verwezen wordt naar een beleidsregel een uitgebreide motivering zal ontbreken. Op dezelfde website staat een lijst van onderwerpen waarover de AFM beleidsregels heeft gemaakt en gepubliceerd. Enkele voorbeelden hiervan zijn: 'Beleidsregel geschiktheid OOB accountantsorganisaties', 'Beleidsregel Informatieverstrekking' en 'Regeling lijst minimaal te bewaren gegevens beleggingsondernemers'. De grafiek hieronder toont het aantal gepubliceerde beleidsregels.

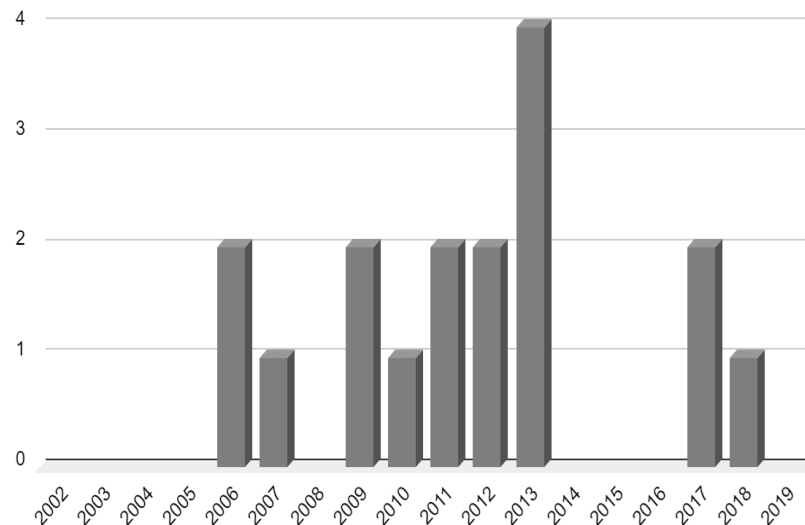
²¹ Tollenaar 2014, par. 5.1.

²² Verhey 2015, *RegelMaat* 2015-3, p. 165-169.

²³ Beleidsregel Informatieverstrekking, 31 december 2018.

²⁴ 'Beleidsregels van de AFM', <https://www.afm.nl/nl-nl/professionals/onderwerpen/beleidsregels-bu>

Aantal beleidsregels AFM



3.4 Welke waarde wordt door de rechtspraak toegekend aan beleidsregels?

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (“CBb”) heeft zich in enkele uitspraken uitgelaten over de open normen uit de Wft en de daarmee verband houdende uitingen van een toezichthouder.²⁵ De geldende leer is dat de uiting van de toezichthouder voldoende duidelijk, bepaald en kenbaar moet zijn om rechtens relevant te zijn. Tevens wordt door het CBb overwogen dat het de eigen verantwoordelijkheid blijft van de financiële onderneming om te voldoen aan de normen. Ook bij afwezigheid van een nadere specifieke invulling van de normen door de toezichthouder dient de financiële onderneming adequaat beleid te voeren.²⁶ De rechtbank Rotterdam overwoog eveneens dat beleid voldoende kenbaar is indien de toezichthouder dit heeft gegeven middels een leidraad.²⁷ Hiermee is duidelijk de publiekrechtelijk reikwijdte van beleidsregels gegeven.

Uit onderzoek van Tollenaar blijkt dat de rechter ook in toenemende mate aan beleidsregels lijkt te toetsen.²⁸ Verder blijkt uit hetzelfde onderzoek dat rechters vooral geïnteresseerd zijn in het concrete besluit en dat daarom de gebreken in de beleidsregel zonder consequenties blijven. Hiermee blijven onrechtmatige beleidsregels in stand.²⁹

De koppeling en toepasbaarheid binnen het privaatrechtelijke domein wordt in hoofdstuk 4 nader behandeld.

²⁵ In onder andere CBb 20 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:274 en CBb 7 februari 2014 ECLI:NL:CBB:2013:260.

²⁶ CBb 20 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:274, r.o. 6.2.

²⁷ Rb Rotterdam 3 maart 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1666, r.o. 10.3.

²⁸ Tollenaar 2014, par. 5.3.

²⁹ Tollenaar 2014, par. 6.5.

3.5 Samenvatting

Een beleidsregel is een besluit in de zin van de Awb en daarmee is er een juridische status verbonden aan de beleidsregel als juridisch figuur. De AFM ontleent haar bevoegdheid tot het vaststellen van beleidsregels aan de Awb en richt zich tot financiële ondernemingen. De reden voor het vaststellen van beleidsregels door de AFM is gelegen in het feit dat de Wft een principles-based benadering heeft en dat de AFM deze beleidsregels formuleert om het beleid op een specifiek onderwerp inzichtelijk en toegankelijk te maken. Zij wil inzicht geven in de manier waarop wordt omgegaan met open normen in haar toezicht. Rechters toetsen in toenemende mate aan beleidsregels, maar zijn vooral geïnteresseerd in het concrete besluit en daardoor blijven gebreken in beleidsregels in stand.

4

Civielrechtelijke instrumenten

4.1 Inleiding

Voorgaand hoofdstuk staat in het teken van de publiekrechtelijke bevoegdheden van de AFM en de open en gesloten normen van de Wft.

In dit hoofdstuk wordt de koppeling gemaakt naar het civiel recht en de instrumenten die de consument voor handen heeft, aangezien toezichtrechtelijke regels ook een rol spelen binnen het civiel recht. In de praktijk is een ontwikkeling waarneembaar omtrent de toenemende bereidheid van consumenten om financiële ondernemingen aansprakelijk te stellen voor hun tekortschietingen.³⁰ Dit lijkt in lijn te zijn met wat de minister beoogd omdat de positie van de consument zodanig moet zijn dat deze goede mogelijkheden heeft om civielrechtelijk in het geweer te komen, indien hij of zij benadeeld wordt door wetsovertredingen van financiële ondernemingen.³¹ Alhoewel dwaling eveneens een civielrechtelijk instrument is dat de consument voor handen heeft, wordt de dwalingsthematiek in hoofdstuk 5 behandeld vanwege de directe relatie met de onderzoeksvraag. Schending zorgplicht wordt behandeld in hoofdstuk 6. Ofschoon dit een civielrechtelijk instrument is, bestaat er een wezenlijk verschil met dat wat in dit hoofdstuk en hoofdstuk 5 wordt behandeld, omdat bij schending zorgplicht de gevolgen van de overeenkomst in stand blijven.

Paragraaf 4.2 gaat over nietige rechtshandelingen en of een overtreding door een financiële onderneming van een norm uit de Wft kan leiden tot aantasting van de onderliggende rechtshandeling. Paragraaf 4.3 gaat over vernietiging om via ontbinding wegens tekortkoming (4.4) naar de onrechtmatige daad te gaan (4.5). Paragraaf 4.6 beschrijft de civiele procedure in algemene bewoordingen en wordt behandeld of de civiele rechter formeel gehouden is om de opvatting van de AFM te volgen.

4.2 Nietigheid rechtshandelingen

De regels in de Wft zijn toezichtrechtelijk van aard en daarom gericht op de financiële ondernemingen. Deze regels bevatten verplichtingen voor financiële ondernemingen. Zij zijn bijvoorbeeld verplicht consumenten goed te informeren over financiële producten en diensten. Overtreding door een financiële onderneming van een norm uit de Wft leidt in beginsel niet tot nietigheid of vernietigbaarheid van de onderliggende rechtshandeling (art. 1:23 Wft). Dit artikel bepaalt dat de rechtsgeldigheid van een privaatrechtelijke rechtshandeling die in strijd is met de bij of krachtens de Wft gestelde regels niet uit dien hoofde aantastbaar is (behalve voor zover in de Wft anders is bepaald). Dit betekent dat een rechtshandeling die in strijd is met de Wft in beginsel niet nietig of vernietigbaar is. De wetgever heeft er dus voor gekozen de rechtshandeling in beginsel geldig te laten.³² Hiermee beoogde de wetgever aan partijen rechtszekerheid te willen

³⁰ Asser/De Serièrè 2-IV 2018/9.

³¹ Rinkes 2010, p. 84.

³² Busch 2010, hoofdstuk 24.2.2.

bieden. Volgens Busch strookt deze gedachtegang met de algemene doelstelling van de Wft om de goede werking van de financiële markten te bevorderen en het vertrouwen in de financiële markten te handhaven. De reikwijdte van dit wetsartikel lijkt vooral gericht te zijn op art. 3:40 lid 2 BW, dat ziet op vermogensrechtelijke rechtshandelingen.³³

Als gevolg van dit artikel kan de consument in beginsel bij overtreding van een publiekrechtelijke bepaling geen beroep doen op nietigheid op grond van art. 3:40 lid 2 BW. De weg van strijdigheid met goede zeden of de openbare orde ligt in dat soort gevallen wel open.³⁴ Volgens de Hoge Raad is méér nodig dan enkel een strijdigheid met de Wft, de consument zal daarvoor aanvullende, zwaarwegende omstandigheden moeten aanvoeren.³⁵ Dat wil niet zeggen dat consumenten gebonden zijn aan enkel deze rechtsgang. Consumenten hebben wel degelijk andere civielrechtelijke middelen die de onderliggende rechtshandeling kunnen aantasten. De belangrijkste zijn: vernietiging³⁶, ontbinding wegens tekortkoming³⁷ en dwaling³⁸. De eerste twee worden in de volgende paragrafen behandeld en het middel dwaling wordt in hoofdstuk 5 uitgebreid behandeld.

4.3 Vernietiging

Rechtshandelingen zijn vernietigbaar, wanneer zij door bedreiging, bedrog of door misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen.³⁹ In beginsel heeft een vernietigbare rechtshandeling dezelfde rechtsgevolgen als een geldige rechtshandeling. Het is goed te beseffen dat een rechtshandeling in stand blijft totdat de consument gebruik maakt van het recht om de rechtshandeling met de financiële onderneming te vernietigen. De wijze van vernietiging geschiedt door een (vormloze) buitengerechtelijke verklaring of door een rechterlijke uitspraak.⁴⁰ De vernietiging van de rechtshandeling heeft terugwerkende kracht.⁴¹ Het gevolg hiervan is dat de rechtsverhouding tussen de consument en de financiële onderneming wordt hersteld in de staat waarin deze vóór het aangaan van de overeenkomst was. Door de vernietiging vervalt de grondslag voor de reeds verrichtte en nog te verrichten prestaties. Via art. 6:203 e.v. BW (onverschuldigde betaling) kunnen de verrichtte prestaties worden teruggevorderd. Bij financiële diensten leidt dat er bijvoorbeeld toe dat termijnen betaald op een risicodragend financieel product integraal terugbetaald moeten worden.⁴² De wederpartij van degene die zich op de vernietigingsgrond beroept is, behalve tot teruggave van het ontvangene, verplicht tot vergoeding van eventueel geleden schade, indien zij door of bij het aangaan van de overeenkomst in strijd heeft gehandeld met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt.⁴³

De mogelijkheid tot vernietiging komt de consument bijvoorbeeld toe in het geval dat een overeenkomst langs een elektronische weg tot stand is gekomen én de financiële instelling zich niet aan de wettelijke informatieverplichtingen heeft gehouden.⁴⁴ Door de wetgever is in verband

³³ *Kamerstukken II*, 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 390-395.

³⁴ Art. 3:40 lid 1 BW.

³⁵ HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2826.

³⁶ Art. 3:49-58 BW.

³⁷ Art. 6:265-279 BW.

³⁸ Art. 6:228-230 BW.

³⁹ Art. 3:44 BW.

⁴⁰ Art. 3:49 BW. De uitzondering met betrekking tot registergoederen wordt niet behandeld.

⁴¹ Art. 3:53 BW en *Parl. Gesch. BW Boek 3* 1981, p. 200 en 239.

⁴² Van Boom, *VrA* 2006/1, p.8.

⁴³ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/640.

⁴⁴ Art. 6:227a jo. 227b lid 4 BW.

met schending van de informatieplichten uit art. 6:227b lid 1 BW gekozen voor vernietigbaarheid. De reden hiervoor is dat dergelijke informatie van zodanig essentieel belang is voor de wilsvorming van de consument.⁴⁵

4.4 Ontbinding wegens tekortkoming

Het rechtsmiddel van de ontbinding na de tekortkoming wordt niet getroffen door het in art. 1:23 Wft bepaalde (zie 4.2) en is daarmee beschikbaar.⁴⁶ Hoofdregel is dat de bevoegdheid tot ontbinding de consument toekomt indien sprake is van een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis van de financiële onderneming. Het is niet relevant of deze tekortkoming aan de financiële onderneming kan worden toegerekend. De bevoegdheid tot ontbinding ontstaat pas, voor zover nakoming niet blijvend of tijdelijk onmogelijk is, wanneer de financiële onderneming in verzuim is.⁴⁷ De wijze van ontbinding gaat via een schriftelijke verklaring of door een rechterlijke uitspraak.⁴⁸ Ontbinding wegens niet-nakoming heeft tot gevolg dat de overeenkomst tussen partijen eindigt. Hierdoor zijn partijen bevrijd van de niet nagekomen verbintenissen jegens elkaar en zijn zij verplicht tot ongedaanmaking van de verrichte prestaties.⁴⁹ Dat betekent in geval van ontbinding wegens tekortkoming dat de consument de verkregen effecten heeft moet terug leveren. De consument zal wel beducht moeten zijn dat hij mogelijk de waardevermindering van de terug te leveren effecten dient te vergoeden.⁵⁰ In tegenstelling tot de vernietiging heeft ontbinding geen terugwerkende kracht.⁵¹ De partij die de overeenkomst heeft ontbonden heeft recht op vergoeding van de schade die door de tekortkoming en de ontbinding van de overeenkomst is ontstaan als de tekortkoming is toe te rekenen aan de andere partij.

4.5 Onrechtmatige daad

De onrechtmatige daad wordt veelal gebruikt in samenloop met andere rechtsmiddelen. Hoewel voor schending van contractuele verplichtingen in beginsel geldt dat het rechtsmiddel onrechtmatige daad niet kan worden toegepast, geldt de uitzondering als onafhankelijk van die schending, ook onrechtmatig is gehandeld.⁵² Een samenloop kan zich voordoen indien een beleggingsdienst wordt aangeboden zonder dat de financiële onderneming een vergunning heeft. In dat geval overtreedt de financiële onderneming de vergunningsplicht. Hiermee wordt niet alleen een contractuele verplichting jegens de consument geschonden, maar handelt de financiële onderneming tevens onrechtmatig jegens de consument.

Als de overeenkomst tussen consument en financiële onderneming ontbreekt, bijvoorbeeld in de gevallen na nietigheid of vernietiging, kan de consument schadevergoeding vorderen indien de financiële onderneming onrechtmatig heeft gehandeld tegenover de consument door bijvoorbeeld de regels van financiële toezichtwetgeving te overtreden. Deze regels moeten wel mede beogen de consument te beschermen tegen schade zoals deze is geleden. Met betrekking tot het relativiteitsvereiste is het in de algemene privaatrechtelijke praktijk lastig aan te tonen dat de norm die is overtreden strekt tot bescherming van het geschonden belang van de benadeelde. Echter in het financieel recht is dit in mindere mate uitdagend. Aan dit relativiteitsvereiste zal in de regel

⁴⁵ *Kamerstukken II* 2001/2002, 28 197, nr. 3, p. 56.

⁴⁶ Asser/De Serièr 2-IV 2018/884.

⁴⁷ Art. 6:265 lid 2 BW.

⁴⁸ Art. 6:267 BW.

⁴⁹ Art. 6:271 BW.

⁵⁰ Art. 6:278 BW en zie ook *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 1039.

⁵¹ Art. 6:269 BW.

⁵² Asser/De Serièr 2-IV 2018/896.

(snel) voldaan zijn. Volgens Rinkes beschermt de Wft de consumenten tegen onbehoorlijk handelen van financiële ondernemingen en is daarmee de onrechtmatigheid gegeven.⁵³ Dit geldt eveneens bij schending van prudentiële regels en hoewel de Minister van Financiën dit bevestigt in verband met art. 1:24 en 1:25 Wft is het onverminderd van belang bij de vraag of voldaan is aan het relativiteitsvereiste in het kader van een vordering ingesteld door een consument jegens de financiële onderneming.⁵⁴

4.6 Civiele procedure

Voorgenoemde rechtsmiddelen gaan hetzij via een dagvaardings- of anderzijds via een verzoekschriftprocedure. Uit de wettekst kan worden afgeleid welke van toepassing is.⁵⁵ Afhankelijk van de hoogte van de vordering wordt de procedure bij de kantonrechtbank of de rechtbank gevoerd. In de procedure zal de consument zijn petitum dienen te onderbouwen. Volgens de Memorie van Toelichting kan de consument hiervoor een door de toezichthouder opgelegde sanctie gebruiken en andersom kan de uitspraak van de civiele rechter aanleiding zijn voor de toezichthouder om handhavend op te treden.⁵⁶

Zoals bekend (zie ook hoofdstuk 3), bestaan naast formele wet- en regelgeving diverse andere vormen van soft law die in meer of mindere mate de regelgeving inkleuren. Volgens De Serière & Jennen is er op nationaal en Europees niveau een wildgroei ontstaan van formele en minder formele beleidsuitingen waar financiële ondernemingen rekening mee moeten houden.⁵⁷ Naast de beleidsregels bestaan andere beleidsuitingen van DNB en de AFM die betekenis geven aan de wettelijke normen.⁵⁸ De juridische status van deze uitingen is niet altijd voor iedereen even duidelijk. Binnen het bestuursrecht is betrekkelijk veel jurisprudentie te vinden waaruit de relevantie en de juridische status van beleidsuitingen blijkt. Echter, binnen het civielrecht is niet veel te vinden. Het is wel evident dat de civiele rechter formeel niet is gehouden om de opvatting van de AFM (die volgt uit een beleidsregel bijvoorbeeld) te volgen. Wel wordt er gewicht aan toegekend als het gaat om bepaalde interpretaties van Wft-bepalingen.⁵⁹ Het is met andere woorden een hulpmiddel voor de civiele rechter. Vooruitkijkend zal de civiele rechter meer en meer de geldende publiekrechtelijke normen (zowel uit Wft als beleidsregels) toepassen in een civiele procedure. Reden hiervoor is dat de relatie tussen de financiële onderneming en de consument hiermee eveneens (afgeleid) genormeerd is. Dit speelt eerder bij de zorgplicht dan in de hiervoor genoemde civielrechtelijke instrumenten.⁶⁰

Tot slot, uit de effectenrechtelijke praktijk is primair de samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad relevant en secundair de samenloop op grond van wilsgebreken, wanprestatie en onrechtmatige daad.⁶¹ De keuze tussen de beschikbare rechtsmiddelen is niet in alle gevallen gemakkelijk te maken.

⁵³ Rinkes 2010, p. 84, zie ook *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, 19, p. 393.

⁵⁴ *Kamerstukken II* 2003/04, 29708, 3, p. 29.

⁵⁵ Hugenholtz & Heemskerk 2015, p. 63.

⁵⁶ *Kamerstukken II* 2012/13, 33 632, nr. 3 (MvT), p. 27.

⁵⁷ De Serière & Jennen, *Ondernemingsrecht* 2017/143.

⁵⁸ Voor de overzichtelijkheid wordt in dit kader niet de uitingen van ECB, EBA, EIOPA, ESMA en ESA's genoemd.

⁵⁹ Asser/De Serière 2-IV 2018/75.

⁶⁰ Zie voor zorgplicht hoofdstuk 6.

⁶¹ Asser/De Serière 2-IV 2018/730.

4.7 Samenvatting

De regels in de Wft zijn toezichtrechtelijk en daarom gericht op de financiële onderneming. Overtreding van een norm uit de Wft door een financiële onderneming leidt in beginsel niet tot nietigheid of vernietigbaarheid van de onderliggende rechtshandeling. Art. 1:23 Wft sluit uit dat de consument een beroep kan doen op nietigheid. Wat resteert is een beroep op (i) strijdigheid met goede zeden of de openbare orde, (ii) vernietiging en (iii) ontbinding. De gevolgen van vernietiging zijn is dat de rechtsverhouding wordt hersteld in de staat waarin deze vóór het aangaan van de overeenkomst was. Bij ontbinding is geen sprake van terugwerkende kracht.

Het is interessant te constateren dat een puur publiekrechtelijk element zoals de beleidsregel en interpretaties van de AFM (een Wft-norm) niet enkel werken tussen toezichthouder en financiële onderneming, maar ook werking heeft tussen de financiële onderneming en de consument. Deze normen zijn geen onderdeel van het civiele recht, maar kleurt het wel in en daarmee wordt veel gewicht toegekend aan de beleidsregels van de AFM.

5 *Dwaling*

5.1 Inleiding

Dwaling heeft een eigen hoofdstuk binnen dit onderzoek vanwege de directe relatie met de onderzoeksvraag. Bovendien lijkt dit thema binnen de rechtsgeleerdheid hernieuwde aandacht te hebben gekregen. In dit hoofdstuk wordt het leerstuk dwaling nader geduid voor beter begrip van dit wilsgebrek. Zoals bekend is voor een rechtshandeling een op een rechtsgevolg gerichte wil nodig die zich door een verklaring heeft geopenbaard.⁶² Ondanks dat wil en verklaring met elkaar kunnen overeenstemmen, kan een rechtshandeling onder bepaalde voorwaarden toch vernietigbaar zijn. De hoofdregel is dat dwaling voor eigen rekening en risico komt. Het recht kent drie gevallen waarin een dwaling leidt tot vernietigbaarheid. De wetgever heeft slechts enkele mogelijkheden hiervoor, omdat het handelsverkeer ermee is gediend dat niet iedere rechtshandeling waarbij gedwaald wordt, vernietigd wordt.

De indeling van dit hoofdstuk is als volgt. Ten eerste wordt ingegaan op wat dwaling is en wat het standpunt van de Hoge Raad is (paragraaf 2). Hierna worden in paragrafen 3, 4, 5 en 6 de dwalingscategorieën en de dwaling voor eigen rekening behandeld. Vervolgens wordt getoetst of een overtreding van een beleidsregel invulling kan geven aan dwaling aan de hand van het arrest *De T. / Dexia* (paragraaf 7). Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie (paragraaf 8).

5.2 Dwaling

De wet regelt vier wilsgebreken waarvan enkel dwaling in dit onderzoek wordt behandeld.⁶³ Vooropgesteld is dat bij degene die onder invloed van dwaling een rechtshandeling aangaat niet de wil ontbreekt.⁶⁴ Deze wil berust alleen niet op een vrije wilsvorming, omdat de onjuiste voorstelling van zaken de wil heeft beïnvloed.⁶⁵ In andere woorden: de wil van een van de partijen heeft zich gevormd onder invloed van een valse voorstelling.⁶⁶ Een vorm van dwaling die niet wordt behandeld in dit onderzoek is de zogenaamde oneigenlijke dwaling.⁶⁷ Deze vorm van dwaling leidt in beginsel niet tot een rechtshandeling.⁶⁸ De tegenhanger van oneigenlijke dwaling is eigenlijke dwaling. Hiervan is sprake als de wil en verklaring overeenstemmen, maar de wil van één van de betrokken partijen zich op een onjuiste wijze heeft gevormd.⁶⁹ Consequentie is dat er wel een overeenkomst tot stand is gekomen, die vernietigbaar is. De grondslag van dwaling is in

⁶² Art. 3:33 BW.

⁶³ De vier wilsgebreken zijn: dwaling, bedrog, bedreiging en misbruik van omstandigheden.

⁶⁴ Waardoor wel aan de eisen van art. 3:33 BW wordt voldaan. Een rechtshandeling vereist namelijk een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard.

⁶⁵ Hijma, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:228 BW, aant. 1.1.3.1.

⁶⁶ Asser/Sieburgh 6-III 2018/218.

⁶⁷ Een voorbeeld van oneigenlijke dwaling is: iemand wil een verkoopprijs van € 800 noemen, maar zegt € 600.

⁶⁸ Er wordt namelijk niet aan de eisen van art. 3:33 BW voldaan.

⁶⁹ Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 908.

de loop der tijd verschoven van de gebrekkige wil van de dwalende naar het gedrag van de wederpartij.⁷⁰

De wet kent de volgende dwalingscategorieën:

1. dwaling vanwege een (onjuiste) mededeling⁷¹
2. het niet nakomen van een mededelingsplicht⁷²
3. wederzijdse dwaling⁷³

Vanaf paragraaf 5.3 worden deze dwalingscategorieën behandeld.

5.2.1 Oordeel Hoge Raad

De huidige stand van zaken omtrent dwaling is dat de Hoge Raad terughoudend is om vernietiging op basis van dwaling te rechtvaardigen. Dit blijkt uit de aandelenlease-arresten van 5 juni 2009.⁷⁴ Op 30 mei 2018 heeft rechtbank Amsterdam prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld die betrekking hebben op onder andere dwaling en bijzondere zorgplicht.⁷⁵ In het bijzonder zijn rechtsvragen gesteld waarbij verduidelijking wordt gevraagd omtrent de mededelingsplicht.⁷⁶

Beantwoording van de Hoge Raad over dwaling is in het kort:

Omvang en inhoud van de mededelingsplicht [...] hangen af van de omstandigheden van het geval. Uitgangspunt is dat ook bij een rentederivaat [...], aan deze mededelingsplicht is voldaan indien in algemene productinformatie inlichtingen zijn gegeven waaruit de wederpartij die zich redelijke inspanning getroost, tijdig inzicht heeft kunnen krijgen in de wezenlijke kenmerken en risico's van dat derivaat. Het gaat daarbij om inlichtingen die de [...] risico's van het product betreffen, zoals [...] een (aanzienlijke) negatieve waarde kan ontwikkelen bij tussentijdse beëindiging. Een en ander is in overeenstemming met de lijn in de jurisprudentie die is ingezet met HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815.⁷⁷

5.3 Dwaling vanwege een (onjuiste) mededeling

De dwalingscategorie van art. 6:228 lid 1 sub a BW betreft een dwaling die te wijten is aan een (onjuiste) mededeling. Degene die door een mededeling van de wederpartij in dwaling is gekomen, mag zich in beginsel door vernietiging van de onderliggende overeenkomst bevrijden. Twee uitzonderingen hierop zijn: (i) de mededeling is zo weinig concreet, dat de dwalende daarop niet zonder meer had mogen afgaan of (ii) dat de wederpartij niet behoefde te verwachten dat de ander de overeenkomst zou sluiten zonder zelf een nader onderzoek in te stellen, aldus Sieburgh.⁷⁸

In de praktijk en in het kader van dit onderzoek betekent deze dwalingscategorie dat de financiële onderneming die tijdens de precontractuele fase een onjuiste mededeling doet aan de consument

⁷⁰ Hijma 2013, nr. 163.

⁷¹ Art. 6:228 lid 1 sub a BW.

⁷² Art. 6:228 lid 1 sub b BW.

⁷³ Art. 6:228 lid 1 sub c BW.

⁷⁴ HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, ECLI:NL:HR:2009:BH2811 en ECLI:NL:HR:2009:BH2822.

⁷⁵ Rb Amsterdam 30 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3675.

⁷⁶ Van art. 6:228 lid 1 sub b BW.

⁷⁷ Hoge Raad 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, r.o. 3.5.6.

⁷⁸ Asser/Sieburgh 6-III 2018/228.

had behoren te weten dat de consument uiteindelijk niet aan de overeenkomst gehouden wil zijn. Aanprijzingen in algemene bewoordingen en mededelingen in de vorm van een eigen mening zijn geen grond voor dwaling.⁷⁹ Het gaat echter wel om de vraag naar wederzijdse verantwoordelijkheden van beide partijen met betrekking tot de beschikbare informatie. Het maatschappelijk verkeer vereist niet dat mededelingen in de precontractuele fase altijd eerlijk en genuanceerd zijn. De consument zal in deze fase dus rekening dienen te houden met enige mate van onjuistheid van de mededelingen. Uitgangspunt blijft wel dat op de mededelingen van de financiële onderneming vertrouwd mag worden.⁸⁰ Goede of kwade trouw speelt geen rol in het kader van de eventuele vernietigbaarheid van de rechtshandeling, maar kan wel invloed hebben op de eventuele vordering tot schadevergoeding op grond van de onrechtmatige daad.

Met betrekking tot de informatieplicht zal aan de hand van verkeersopvattingen moeten worden beoordeeld of sprake is van mogelijke onjuiste mededelingen. Jansen heeft in dit kader enkele gezichtspunten geformuleerd, zijnde:

- (i) aard van de rechtsverhouding;⁸¹
- (ii) aard van de mee te delen informatie;⁸² en
- (iii) aard van de betrokken belangen^{83, 84}

Voor de deskundigheid van de dwalende en zijn wederpartij, neemt in rechtspraak en literatuur een vooraanstaande positie in volgens Jansen.⁸⁵ De informatieplicht is tweeledig, waarbij de financiële onderneming de verplichting heeft om de consument correct te moeten inlichten en de consument een onderzoeksplicht heeft om de verstrekte inlichtingen op juistheid te beoordelen.

5.4 Niet nakomen van een mededelingsplicht

De tweede dwalingscategorie is het niet nakomen van een mededelingsplicht.⁸⁶ Dit sluit aan bij enkele arresten waarin een beroep op dwaling mogelijk wordt geacht als de wederpartij een op haar rustende mededelingsplicht niet is nagekomen.⁸⁷ A-G Wissink beschrijft de eisen van een beroep op deze dwalingscategorie als volgt:

“Een overeenkomst die tot stand is gekomen onder invloed van dwaling (een onjuiste voorstelling van zaken) en bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten (causaal verband), is vernietigbaar indien de wederpartij in verband met hetgeen zij omtrent de dwaling wist of behoorde te weten (kenbaarheidsvereiste), de dwalende had behoren in te lichten (mededelingsplicht)”.⁸⁸

⁷⁹ Hijma 2013, nr. 165.

⁸⁰ HR 15 november 1957, ECLI:NL:PHR:1957:AG2023 en HR 21 januari 1966, ECLI:NL:PHR:1966:AC4621.

⁸¹ Onder andere: deskundigheid van partijen en hoedanigheid of maatschappelijke positie van partijen.

⁸² Onder andere: bijzonderheid en complexiteit.

⁸³ Onder andere: omvang van het dreigende nadeel.

⁸⁴ Jansen 2012, p. 155-159.

⁸⁵ Jansen 2012, p. 156.

⁸⁶ Art. 6:228 lid 1 sub b BW.

⁸⁷ Asser/Sieburgh 6-III 2018/230.

⁸⁸ Parket bij de HR 8 maart 2019, ECLI:NL:PHR:2019:329, 6.1.

Kortom, dit betekent dat voor een succesvol beroep op dwaling wegens het niet nakomen van een mededelingsplicht, de volgende eisen worden gesteld:

1. de dwalende is uitgegaan van een onjuiste voorstelling van zaken;
2. die voor het aangaan van de overeenkomst voor de dwalende causaal was; en
3. dat de wederpartij een mededelingsplicht had

5.4.1 Onjuiste voorstelling van zaken

De eerste eis is dat de consument is uitgegaan van een onjuiste voorstelling van zaken. Dwaling veronderstelt onwetendheid of een onjuiste voorstelling van de werkelijkheid bij de dwalende. Niet succesvol is een beroep op dwaling als er sprake is van enige twijfel. Volgens Hijma is er namelijk geen sprake van dwaling als degene die een overeenkomst aangaat aan bepaalde feiten twijfelt, omdat dwaling een gebrek aan onzekerheid veronderstelt. Zo stelt hij verder dat, *“waar twijfel begint, heeft dwaling opgehouden te bestaan”*.⁸⁹ De onjuiste voorstelling van zaken kan wel betrekking hebben op (i) een bepaald gegeven, of (ii) op de afwezigheid van enige voorstelling van zaken ten aanzien van een bepaald gegeven.⁹⁰

5.4.2 Causaal verband

De eis van causaliteit tussen de dwaling en het (moment van) aangaan van de overeenkomst volgt uit de aanhef van art. 6:288 lid 1 BW. Degene die zich beroept op dwaling zal volgens de Hoge Raad aannemelijk moeten maken dat zij bij een juiste voorstelling van zaken de overeenkomst niet (of onder dezelfde voorwaarden) zou hebben gesloten.⁹¹ Volgens Hijma is het *“niet noodzakelijk dat de dwaling een fundamenteel, wezenlijk of substantieel karakter draagt. Voldoende is dat de dwalende, indien hij op de hoogte was geweest, de overeenkomst niet of niet op dezelfde voorwaarden had gesloten”*.⁹² A-G Wissink hangt deze leer aan.⁹³ De bewijsplicht omtrent de causaliteit is via art. 177 Rv jo. art. 6:228 lid 1 BW gelegen bij de partij die zich op dwaling beroept.⁹⁴ De consument kan de causaliteit aannemelijk maken door feiten en omstandigheden aan te dragen waaruit kan worden afgeleid hoe zijn wilsvorming is gegaan. Door de financiële onderneming kan, afhankelijk van het geval, verzwaarde eisen worden gesteld aan de motivering van de betwisting van het causale verband, aldus A-G Wissink.⁹⁵

5.4.3 Mededelingsplicht

De derde eis voor een succesvol beroep is dat de wederpartij een mededelingsplicht had.

De verplichtingen binnen dit thema van de dwaling gaan twee kanten op. Zo heeft de consument jegens de andere partij een op redelijkheid en billijkheid gebaseerde onderzoeksplicht en de financiële onderneming heeft op dezelfde gronden een informatieplicht. Het uitgangspunt bij het aannemen van een mededelingsplicht geldt dat de wederpartij van de dwalende op de hoogte was van de bestreden omstandigheid. De mededelingsplicht wordt tevens aangenomen als de wederpartij, gelet haar deskundigheid moet worden geacht op de hoogte te zijn van die

⁸⁹ Hijma, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:228 BW, aant. 3.2.

⁹⁰ Parket bij de HR 8 maart 2019, ECLI:NL:PHR:2019:329, 6.3.

⁹¹ HR 17 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2250, r.o. 3.3.

⁹² Hijma, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:228 BW, aant. 2.3.1.

⁹³ Parket bij de HR 8 maart 2019, ECLI:NL:PHR:2019:329, 6.5.

⁹⁴ HR 8 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2982, r.o. 3.3.

⁹⁵ Parket bij de HR 8 maart 2019, ECLI:NL:PHR:2019:329, 6.6.

omstandigheid.⁹⁶ Uit de parlementaire geschiedenis en jurisprudentie blijkt dat er een mededelingsplicht voor de wederpartij van de dwalende is om inlichtingen te verschaffen met betrekking tot omstandigheden waarvan zij niet op de hoogte is en dat een verplichting tot preventief inlichten niet te snel worden aangenomen.⁹⁷

Na het vereiste dat de wederpartij de juiste stand van zaken kende, is het tweede vereiste dat de financiële onderneming begreep (of moest begrijpen) dat de voorstelling van zaken bij de consument doorslaggevend was om de overeenkomst aan te gaan. Voor de financiële onderneming dient het causaal verband kenbaar te zijn. Dat wil zeggen dat het element waardoor gedwaald wordt essentieel is.⁹⁸ Praktisch gezien gaat het dus om de vraag of de financiële onderneming kon en behoorde te weten dat de consument aan het betreffende element een doorslaggevende betekenis heeft gegeven. Vereist is niet dat de wederpartij weet dan wel behoorde te weten dat de consument dwaalt omtrent een bepaald element. Wél vereist is dat hier op enigerlei rekening mee gehouden dient te worden.⁹⁹ Voor een succesvol beroep op schending mededelingsplicht is het tot slot van doorslaggevend belang of op de financiële onderneming een mededelingsplicht rust. Volgens A-G Wissink gaat het *simpel gezegd daarbij om de vraag of de wederpartij de dwalende uit de droom had moeten helpen*.¹⁰⁰ Onder welke omstandigheden dan de mededelingsplicht rust op de wederpartij is casuïstiek, waardoor het lastig is algemene regels te formuleren. Als is vastgesteld dat er een mededelingsplicht is, kan deze vormvrij (art. 3:37 lid 1 BW) geschieden zolang de mededeling maar voldoende duidelijk is.¹⁰¹

5.5 Wederzijdse dwaling

De laatste dwalingscategorie is de wederzijdse dwaling. Deze houdt in het kort in dat een overeenkomst vernietigbaar is indien partijen bij het sluiten van de overeenkomst van dezelfde onjuiste veronderstelling zijn uitgegaan. De tenzij-regel veronderstelt dat de overeenkomst niet vernietigbaar is als de wederpartij ook bij een juiste voorstelling van zaken niet had behoeven te begrijpen dat de dwalende daardoor van het sluiten van de overeenkomst zou worden afgehouden.¹⁰² Het voornaamste verschil met de andere dwalingscategorieën is dat bij wederzijdse dwaling de dwaling niet is veroorzaakt door een handelen of een nalaten van de wederpartij.

5.6 Dwaling voor eigen rekening

De vernietigbaarheid van de overeenkomst faalt als de omstandigheden van het geval voor rekening van de dwalende behoort te blijven.¹⁰³ De draagwijdte van hetgeen in art. 6:228 lid 2 BW is neergelegd wordt in concreto bepaald door de aard van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval.¹⁰⁴ Hieruit volgt dat de eigen verantwoordelijkheid van de consument wordt getoetst aan (i) de vraag of er een mededelingsplicht bestaat en (ii) de vraag of een mededeling voldoende duidelijk is.¹⁰⁵

⁹⁶ Asser/Sieburgh 6-III 2018/231.

⁹⁷ HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3424, r.o. 4.2.2. en Parl. Gesch. Boek 6, p. 909.

⁹⁸ Dit volgt o.a. uit het woord 'tenzij' in art. 6:228 lid 1 sub a.

⁹⁹ Hijma, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:228 BW, aant. 6.8.

¹⁰⁰ Parket bij de HR 8 maart 2019, ECLI:NL:PHR:2019:329, 6.12..

¹⁰¹ HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2410, r.o. 3.7.3.

¹⁰² Art. 6:228 lid 1 sub c BW.

¹⁰³ Art. 6:228 lid 2 BW.

¹⁰⁴ Asser/Sieburgh 6-III 2018/241.

¹⁰⁵ Parket bij de HR 8 maart 2019, ECLI:NL:PHR:2019:329, 6.19.

5.6.1 Bestaat een mededelingsplicht?

Volgens de rechtspraak is degene die een overeenkomst aangaat jegens de andere partij gehouden om binnen redelijke grenzen maatregelen te treffen om te voorkomen dat hij vanwege een onjuiste voorstelling van zaken toestemming geeft (gevolg: deze partij kan zich niet op dwaling beroepen).¹⁰⁶ Als de consument de dwaling aan zichzelf heeft te danken, bijvoorbeeld omdat hij door zelfstandig onderzoek de dwaling had kunnen voorkomen, komt de dwaling voor zijn eigen risico (gevolg: dwaling is dan onverschoonbaar).¹⁰⁷ Hierbij is van belang of de financiële onderneming een mededelingsplicht heeft of dat hij mocht vertrouwen dat de consument zich aan de onderzoeksplicht houdt ter voorkoming dat hij onder invloed van onjuiste veronderstellingen de overeenkomst sluit.¹⁰⁸ Uit de rechtspraak volgt dat de mededelingsplicht tevens strekt ter bescherming van de onvoorzichtige wederpartij.¹⁰⁹ Als gevolg van de redelijkheid en billijkheid is het niet toegestaan om aan te voeren dat de consument de dwaling aan zichzelf te wijten heeft vanwege het nalaten van de onderzoeksplicht. Bijvoorbeeld: de consument stelt dat hij gedwaald heeft doordat de financiële onderneming de mededelingsplicht heeft geschonden.¹¹⁰ De financiële onderneming kan zich in dat geval niet verschuilen achter het feit dat de consument geen onderzoek heeft verricht.¹¹¹ Het niet naleven van de onderzoeksplicht speelt wél een rol bij de vordering tot schadevergoeding.¹¹²

5.6.2 Is de mededeling voldoende duidelijk?

Met betrekking tot de tweede toets omtrent de eigen verantwoordelijkheid van de consument wordt teruggegrepen naar de effectenleasezaken uit 2009. Dat houdt in dat moet worden beoordeeld of de verstrekte gegevens voldoende duidelijk waren. Uit jurisprudentie volgt dat de consument (i) kennis moet nemen van de inhoud van de overeenkomst, de algemene voorwaarden en brochures en (ii) dat hij deze stukken aandachtig en oplettend bestudeert. Hoofregel blijft echter dat de consument mag uitgaan van de juistheid van de mededelingen.¹¹³ Indien er onduidelikheden zijn, dient hij hierover vragen te stellen. In praktijk zal de consument een inspanning moeten leveren om kennis te nemen van de documenten gelinkt aan het contract. De consument moet de wezenlijke kenmerken en gevaren van de transactie tot op zekere hoogte kennen. Vervolgens zal de consument over de wezenlijke kenmerken en gevaren moeten doorvragen. Wanneer een consument door dient te vragen hangt af van de omstandigheden van het geval, hierbij valt onder andere te denken aan: complexiteit van de transactie, toegankelijkheid van de informatie (brochure, algemene voorwaarden, etc.), wat voor contactmomenten zijn er tussen partijen geweest en wat is besproken en overhandigd tijdens deze momenten, rechtsverhouding tussen partijen en kennis / deskundigheid van de consument.

5.6.3 Tussenconclusie

De dwaling komt voor eigen rekening van de consument (en daarmee faalt de vernietigbaarheid van de onderliggende overeenkomst) indien er een mededelingsplicht van de financiële

¹⁰⁶ HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023 en HR 26 januari 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC4621

¹⁰⁷ HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023.

¹⁰⁸ HR 10 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2629, r.o. 3.3.5.

¹⁰⁹ HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6541, r.o. 3.5.

¹¹⁰ De mededelingsplicht bedoeld als in art. 6:228 lid 1 sub b BW.

¹¹¹ HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2885.

¹¹² Via de eigen schuld van art. 6:101 BW.

¹¹³ HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, r.o. 4.4.2.

onderneming is én de verstrekte informatie voldoende duidelijk waren waarbij de consument een zekere inspanning dient te verrichten om de wezenlijke kenmerken en gevaren te begrijpen.

5.7 Dwaling; casuïstiek

De theorie beschreven in dit hoofdstuk wordt in deze paragraaf getoetst aan één van de aansprekendste effectenlease arresten uit 2009, De T. / Dexia arrest.¹¹⁴

Enkele relevante gegevens uit dit arrest zijn:

- Krachtens de tussen partijen gesloten overeenkomst wordt voor een bepaald bedrag bepaalde certificaten geleased. Dit bedrag wordt door Dexia middels kredietverschaffing beschikbaar gesteld.
- Iedere maand dient De T. een vast bedrag (rentecomponent en een aflossingscomponent) te betalen.
- Na 240 maanden (looptijd) is de leasesom volledig afgelost.
- Het product is een aflossingsproduct waarbij de consument de lening aflost en waarbij aan het einde van de looptijd een winst of verlies op de aandelenportefeuille resteert.
- Een aanwezig risico bij dit product is dat een restschuld kan overblijven.
- Het gaat om beleggen met geleend geld (moet ook rente betaald worden).
- De hefboomwerking van dit product is dat met een kleine inleg een betrekkelijk grote aandelenportefeuille wordt gekocht en dat hiermee een groot positief of negatief rendement behaald kan worden.

Specifiek op dwaling betrokken relevante gegevens uit dit arrest zijn:

- Er wordt een beroep gedaan op het niet nakomen van een mededelingsplicht.¹¹⁵
- De T. stelt dat hij zich niet heeft gerealiseerd dat hij een lening aanging en dat hij niet juist is geïnformeerd omtrent de risico's (o.a. de restschuld) en dat hij bij juiste en volledige informatie de overeenkomst met Dexia niet zou hebben gesloten.

Conclusie van het hof:

- Het hof heeft het beroep op dwaling verworpen.
- Een consument heeft een onderzoeksplicht ter voorkoming dat hij een overeenkomst sluit onder invloed van onjuiste voorstelling van zaken.
- Er mag verwacht worden dat de consument kennisneemt van de inhoud van de overeenkomst, voorwaarden en brochures (en deze bestudeert).
- Bij onduidelijkheid dient de consument vragen te stellen.
- De door Dexia verstrekte gegevens bevatten voldoende informatie (o.a. dat het een geldlening betreft, er koersrisico's zijn en dat er een tekort kan ontstaan).
- Dat Dexia jegens De T., van wie redelijke inspanningen mochten worden gevergd de verstrekte informatie te begrijpen, niet is tekortgeschoten in de op haar rustende mededelingsplicht als bedoeld in art. 6:228 lid 1 BW

Conclusie van de Hoge Raad:

- Dat het hof oordeelt dat door Dexia voldoende duidelijke inlichtingen waren verschaft om een eventuele onjuiste voorstelling omtrent de aan de overeenkomst verbonden risico's, waaronder het restschuldrisico, redelijkerwijze te voorkomen, geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

¹¹⁴ HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815.

¹¹⁵ Art. 6:228 lid 1 sub b BW.

Het arrest De T. / Dexia stamt uit 2009 en de betwiste onderliggende rechtshandeling dateert uit 2000. De AFM heeft zijn beleidsregels informatieverstrekking voor het eerst gepubliceerd in 2013.¹¹⁶ Deze zijn in december 2018 gewijzigd en gepubliceerd.¹¹⁷ Gezien het tijdsverschil tussen de gepubliceerde beleidsregels en de betwiste overeenkomst is het lastig om te toetsen of sprake was van een overtreding van een beleidsregel en in hoeverre dit invulling kan geven aan een beroep op dwaling. Derhalve wordt dit arrest hypothetisch benaderd alsof het een geschil betreft in 2019.

De consument beroept zich op het feit dat hij de overeenkomst is aangegaan onder invloed van dwaling. Hij heeft zich niet gerealiseerd dat hij een (i) lening aanging en (ii) dat hij niet juist of niet volledig is geïnformeerd omtrent de risico's verbonden aan de overeenkomst, waaronder het ontstaan van een restschuld.¹¹⁸ De financiële onderneming stelt dat uit de overeenkomst voldoende duidelijk blijkt dat de effecten worden aangekocht met geleend geld. In de overeenkomst wordt gesproken over een hoofdsom en de te betalen rente, hetgeen duidt op een lening. De consument heeft tevens bij het aangaan van de overeenkomst een brochure gehad waarin de termen 'aflossing', 'hoofdsom' en 'geleend geld' werden genoemd.

In de beleidsregels informatieverstrekking 2018 staat dat uit de Wft volgt dat een financiële onderneming consumenten, voorafgaand bij het aangaan van een overeenkomst, over een financieel product informatie moet verstrekken die redelijkerwijs relevant is voor een adequate beoordeling van dat product.¹¹⁹ Volgens de AFM is een relevant kenmerk; een productkenmerk waarover de consument informatie nodig heeft om het product te begrijpen. De financiële onderneming dient de consument te informeren over onder andere: wat het product inhoudt, opbrengsten, kosten en risico's. De financiële onderneming zal wat betreft het leningsaspect van het product de volgende informatie moeten verstrekken: kosten (rente), voorwaarden, opnemen/aflossen, wijzigen/opzeggen en waar van toepassing fiscaliteit. Tevens moet duidelijk zijn dat de consument de verplichting heeft om de lening aan het einde van de looptijd af te lossen. Deze informatie moet worden verstrekt voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst en in één informatiedrager (bijvoorbeeld een brochure) terug te vinden zijn.

Relevante kenmerken	Voldaan?
Wat het product inhoudt	Ja
Opbrengsten	Ja
Kosten (incl. rente)	Ja
Risico's	Ja
Voorwaarden	Ja
Fiscaliteit	Onbekend
Is voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst verstrekt	Ja

De financiële onderneming lijkt op basis van de beschikbare informatie te voldoen aan de beleidsregels van de AFM. De conclusie wat betreft de toepassing van de beleidsregels op De T. / Dexia arrest is dat er geen andere uitkomst is wat betreft het beroep op dwaling.

¹¹⁶ Staatscourant 2013, 26584.

¹¹⁷ Staatscourant 2018, 72699.

¹¹⁸ HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, r.o. 4.4.1.

¹¹⁹ Staatscourant 2018, 72699, hoofdstuk 4.

5.7.1 De T. / Dexia arrest

Bovengenoemde uitkomst is niet (voldoende) bevredigend wat betreft de beantwoording van de onderzoeksvraag. Om na te gaan in hoeverre deze conclusie anders zou zijn indien uit wordt gegaan (fictief dus) dat de financiële onderneming geen of een onjuiste brochure heeft verstrekt (en daarmee dus niet alle relevante kenmerken van het onderliggende financiële product aan de consument voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst heeft verstrekt). Juridisch beschouwt, voldoet de financiële onderneming niet aan de AFM-invulling van de normen van art. 4:19 en 20 Wft. Deze veronderstelling wordt hieronder per dwalingscategorie (met uitzondering van de wederzijdse dwaling) en per onderliggend criterium getoetst.

5.7.1.1 Dwaling vanwege een (onjuiste) mededeling

Eisen:

1. Dwaling is te wijten aan een (onjuiste) mededeling.
2. De financiële onderneming had de consument correct moeten inlichten.
3. De consument heeft een onderzoeksplicht om de inlichtingen op juistheid te beoordelen.

Toepassing:

1. Zou het geval zijn als de financiële onderneming tegenover de consument verklaart dat zij zich houdt aan alle voor het financiële product geldende beleidsregels van de AFM.
2. In beginsel behoort de financiële onderneming de consument correct en volledig in te lichten alhoewel het maatschappelijk verkeer niet vereist dat alle mededelingen in de precontractuele fase altijd eerlijk en genuanceerd zijn. Of er een verplichting tot inlichting is zal mede gekeken moeten worden naar de deskundigheid van partijen, de complexiteit van het product en de omvang van het dreigende nadeel. Het is niet ondenkbaar dat de consument in casu tot dit punt dwaalt. Hij mocht er namelijk vanuit gaan dat de financiële onderneming door de inlichting (dat zij zich houdt aan alle beleidsregels van de AFM) zich aan de ingekleurde open normen uit de Wft houdt en hiermee dus als zorgvuldig dienstverlener optreedt.
3. In navolging tot het vorige punt heeft de consument echter wel een onderzoeksplicht om de inlichtingen van de financiële onderneming te toetsen. Het is niet ondenkbaar dat het beroep op deze dwalingsgrond hierbij faalt. De beleidsregels van de AFM zijn niet alleen gepubliceerd in de Staatscourant, maar tevens goed te vinden op de website van de AFM. Het is wellicht te gemakkelijk is om te veronderstellen dat het een afvinkexercitie is, maar het is wel tamelijk overzichtelijk om te beoordelen of de financiële onderneming zich houdt aan de beleidsregels.

5.7.1.2 Dwaling vanwege het niet nakomen van een mededelingsplicht

Eisen:

1. Consument is uitgegaan van een onjuiste voorstelling van zaken (sprake van onwetendheid of een onjuiste voorstelling van de werkelijkheid).
2. Geen toepassing als er enige twijfel bij de consument was.
3. Causaal verband.
4. Bij de financiële onderneming rust een mededelingsplicht en informatieplicht.
5. Op de consument rust een onderzoeksplicht.

Toepassing

1. Zou het geval kunnen zijn als de consument er van uit gaat dat de financiële onderneming zich houdt aan alle voor het financiële product geldende beleidsregels van de AFM. In dat geval is er een valse voorstelling van de werkelijkheid doordat de consument zich van iets niet bewust is geweest.
2. Uit de feiten en omstandigheden zal moeten blijken dat de consument geen enkele twijfel had dat de financiële onderneming zich niet zou houden aan de geldende beleidsregels.
3. Het is denkbaar dat de consument de overeenkomst niet of onder andere voorwaarden zou hebben gesloten als hij wetenschap zou hebben gehad dat de financiële onderneming zich niet houdt aan de geldende beleidsregels.
4. Vooropgesteld had de financiële onderneming op de hoogte moeten zijn van de juiste stand van zaken (namelijk het niet naleven van de beleidsregels). De financiële onderneming had daarnaast moeten weten dat de consument de overeenkomst niet was aangegaan als hij had geweten dat de beleidsregels niet worden nageleefd. Verder had de financiële onderneming rekening moeten houden met het uitgangspunt van een onjuiste voorstelling van zaken door de consument. De financiële onderneming zou zich kunnen redden door aannemelijk te maken dat op haar geen waarschuwingsplicht rustte, omdat het algemeen bekende risico's zijn. Voor de hand liggend is het dat de consument wél geïnformeerd had moeten worden.

Aan de hand van de verkeersopvattingen moet tot slot worden beoordeeld of op de financiële onderneming een mededelingsplicht rustte. Praktisch houdt dit in dat de financiële onderneming de consument uit 'zijn droom had moeten helpen'. Hierbij is het belangrijk wat de deskundigheid van de consument is. Verder is ook hier van belang: de complexiteit van het product en de omvang van het dreigende nadeel.

Het is in casu aan te nemen dat de consument dwaalt, omdat hij mocht uitgaan dat de financiële onderneming zich houdt aan alle beleidsregels van de AFM en daarmee voldoet aan de ingekleurde open normen uit de Wft en hiermee als zorgvuldig dienstverlener optreedt.

5. Van de consument mag een inspanning worden verwacht om kennis te nemen van de relevante gegevens en kenmerken van het financiële product. In de regel gaat het dan om de overeenkomst, algemene voorwaarden en brochures. Niet persé wordt verwacht dat de consument daadwerkelijk toetst of de financiële onderneming zich houdt aan de relevante beleidsregels. Dit hangt wel sterk af van de feiten en omstandigheden. In casu, zou dit wellicht te veel zijn gevraagd van de consument om dit te toetsen waardoor het niet onmogelijk is dat een beroep op deze dwalingsgrond wordt gehonoreerd.

5.7.1.3 Dwaling voor eigen rekening

De consument dient in casu wel rekening te houden met de mogelijkheid dat de dwaling voor eigen rekening komt, omdat de consument (indien er een mededelingsplicht van de financiële onderneming is én de verstrekte informatie voldoende duidelijk was) een zekere inspanning dient te verrichten om de wezenlijke kenmerken en gevaren te begrijpen. Dit zal steeds van de feiten en omstandigheden afhangen.¹²⁰

¹²⁰ Te denken valt aan: de aard en complexiteit van de transactie, toegankelijkheid informatie, bijzondere kenmerken van de transactie, de rechtsverhouding tussen partijen en kennis en deskundigheid van de consument.

5.8 Conclusie

In dit hoofdstuk is ingegaan op het leerstuk dwaling. Als eerste is een juridische analyse gegeven van de toepassing van het leerstuk en daarbij zijn zowel de verschillende dwalingscategorieën als het oordeel van de Hoge Raad behandeld. Steeds is binnen de verschillende dwalingscategorieën onderzoek gedaan naar zowel de relevante elementen vanuit de jurisprudentie als de literatuur. Vervolgens is uitgebreid de dwaling voor eigen rekening behandeld. Ten slotte is aan de hand van het gezaghebbend arrest De T. / Dexia beoordeeld of een beroep op een schending van een beleidsregel de uitkomst van dit arrest zou hebben veranderd. Het antwoord hierop is ontkennend. Vervolgens zijn verschillende fictieve elementen aan dit arrest toegevoegd en is opnieuw aan de hand van de verschillende dwalingscategorieën getoetst in hoeverre overtreding van een beleidsregel invulling kan geven aan de dwalingsthematiek. De conclusie die genomen kan worden is dat een beroep op dwaling vanwege een (onjuiste) mededeling niet zo snel gehonoreerd wordt terwijl een beroep op dwaling vanwege het niet nakomen van een mededelingsplicht mogelijk wel gehonoreerd wordt. Valkuil blijft echter wel dat de consument rekening dient te houden met de mogelijkheid dat de dwaling voor eigen risico komt en dat van hem een inspanning verwacht wordt. De uitkomst valt wat dat betreft goed binnen het adagium dat het afhangt van de feiten en omstandigheden van het geval.

6 *Zorgplicht*

6.1 Inleiding

Tot nu toe is in dit onderzoek aandacht besteed aan het handelen van een financiële onderneming vanuit de toezichtwetgeving (Wft) en vanuit civielrechtelijk oogpunt (vernietiging, ontbinding en dwaling). Daarnaast worden de handelingen van financiële ondernemingen ook getoetst aan civielrechtelijke zorgplichten. Dit komt voort uit het feit dat de rechtsverhouding tussen een financiële onderneming en consument meestal via een overeenkomst van opdracht, als bedoeld in art. 7:400 BW gaat. Het opvolgende artikel bepaalt dat de financiële onderneming bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen. Naast de zorgplicht uit hoofde van dit artikel kunnen art. 6:2 BW en art. 6:248 lid 1 BW aanvullende werking hebben.¹²¹ Voor een goed begrip van de zorgplicht is het van belang te realiseren dat de deskundigheid van partijen mogelijk onevenwichtig is. Derhalve dient een financiële onderneming aan tal van vakbekwaamheidseisen te voldoen en moet deze instaan voor een uitvoerige catalogus aan informatie- en zorgplichten ten opzichte van voortdurend wijzigende (potentiële) doelgroepen en consumenten.¹²²

In dit hoofdstuk wordt eerst ingegaan op de verschillende zorgplichten (publiekrechtelijke, algemene en bijzondere). Daarna worden de verschillen tussen publiekrechtelijke en civielrechtelijke zorgplicht benoemd. Tenslotte wordt in paragraaf 6 de gevolgen van overtreding van een zorgplicht behandeld en op welke wijze de consument dit in een civiele procedure aanhangig kan maken. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie (paragraaf 7).

6.2 Publiekrechtelijke zorgplicht

Publiekrechtelijke gedragsregels voor financiële ondernemingen beogen de zwakkere partijen op de financiële markten te beschermen. Ze zijn primair gericht op het scheppen van optimale condities voor een goede marktwerking, dus op het behartigen van het publieke belang.¹²³ Een algemene normstelling van zorgvuldigheid is opgenomen in art. 4:25 Wft. Dit artikel bepaalt dat een financiële onderneming consumenten en cliënten zorgvuldig dient te behandelen.¹²⁴ De publiekrechtelijke zorgplicht voor financiële ondernemingen volgt uit art. 4:24a Wft. De AFM kan door middel van aanwijzingen de financiële onderneming duidelijk maken dat een bepaalde gedraging onwenselijk is. Deze publiekrechtelijke handhaving leidt niet tot schadeloosstelling van de getroffen consument. De mogelijkheden van de consument in een dergelijk geval staan in hoofdstuk 4. De zorgplicht uit voornoemd artikel houdt in dat financiële ondernemingen moeten handelen in het belang van de consument. Een financiële onderneming mag wel in zekere mate het eigen commerciële belang laten meewegen. De financiële onderneming zal gedurende de looptijd van de overeenkomst de consument op de hoogte moeten stellen van wezenlijke

¹²¹ Asser/De Serië 2-IV 2018/729.

¹²² Rinkes 2010, p. 74.

¹²³ Scheltema & Scheltema 2009, p. 84.

¹²⁴ *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 515.

wijzigingen in de informatie die bij het eerste advies of de bemiddeling is verstrekt. Achtergrond hiervan is dat de consument in staat moet zijn gesteld om een adequate beoordeling van het onderliggende financiële product uit te voeren.¹²⁵ Verder is volgens de wetgever de verankering van een algemene zorgplicht voor financiële ondernemingen in de Wft gewenst in verband met informatiescheefheid, omdat zij in de regel beschikken over meer kennis en informatie dan de consument.¹²⁶

6.3 Algemene zorgplicht van opdrachtnemers

Rechtsverhoudingen tussen consument en financiële ondernemingen vinden in beginsel steeds hun grondslag in een overeenkomst van opdracht (consument als opdrachtgever en de financiële onderneming als opdrachtnemer).¹²⁷ Uit art. 7:401 BW blijkt dat de financiële onderneming bij de uitvoering van de opdracht de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen. De zorg die in acht genomen dient te worden hangt samen met de zogenaamde 'maatman'. Dit is een hypothetisch persoon die als maatstaf dient. De term 'maatman' komt voort uit het Gut Springenheide-arrest en hieromtrent is het volgende overwogen: "[...] *uitgegaan van de vermoedelijke verwachting van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument, en dat het geen deskundigen- of opinieonderzoek heeft gelast.*"¹²⁸ Het begrip maatman biedt de civiele rechter een ijkpunt en kan worden gebruikt bij het vaststellen of er sprake is van onrechtmatig handelen of wanprestatie door de financiële onderneming jegens de consument.

Tjong Tjin Tai noemt de volgende verplichtingen (die vooral in de jurisprudentie zijn ontwikkeld) als onderdeel van de algemene zorgplicht:

- Verplichting tot vooropstellen van het belang van de consument.
- Waarborgingsplichten (geen onnodige risico's nemen).
- Plicht tot ongevraagd handelen ten behoeve van de financiële onderneming.
- Opvolgen van aanwijzingen van de consument.
- Waarschuwingsverplichting en weigeringsplicht.
- Informatieverplichtingen.
- Vermijden van belangentegenstellingen.¹²⁹

Naast de zorgplicht uit hoofde van art. 7:401 BW, kunnen de algemene regels van art. 6:2 BW en art. 6:248 lid 1 BW aanvullende werking hebben.¹³⁰ Deze algemene zorgplicht geldt eveneens voor financiële ondernemingen.¹³¹

6.4 Bijzondere zorgplicht

Zo'n 22 jaar geleden is de bijzondere zorgplicht in de civiele rechtspraak van de Hoge Raad bevestigd en rust op de financiële onderneming volgens Cherednychenko in bepaalde gevallen een bijzondere zorgplicht die de normale contractuele zorgvuldigheid (paragraaf 6.3) jegens de

¹²⁵ Art. 4:20 Wft.

¹²⁶ MvT bij de Wijzigingswet financiële markten 2014, p. 14-15.

¹²⁷ Asser/De Serië 2-IV 2018/729.

¹²⁸ HvJ EU, 16 juli 1998, nr. C-210/96, r.o. 31.

¹²⁹ Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/99.

¹³⁰ Asser/De Serië 2-IV 2018/729.

¹³¹ MvT bij Wijzigingswet financiële markten 2014, p. 16.

consument overstijgt en nog meer aandacht voor het belang van de consument vergt.¹³² In de tussenliggende periode is de bijzondere zorgplicht een buitengewoon belangrijk verschijnsel geworden. Dit is terug te zien in de civiele rechtspraak waarin financiële ondernemingen vaker en op grotere schaal met succes aansprakelijk worden gesteld vanwege schending van de bijzondere zorgplicht.¹³³ Volgens De Vré wordt de bijzondere zorgplicht gezien als hoeksteen van de relatie tussen financiële ondernemingen en particuliere consumenten.¹³⁴ De Hoge Raad heeft in 1997 in twee arresten aanleiding gegeven om de bijzondere zorgplicht als ongeschreven recht te zien.¹³⁵ De bijzondere zorgplicht beperkt zich tot particuliere, niet-professionele partijen.¹³⁶ De maatstaf van de bijzondere zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval en dit vloeit voort uit een tweetal arresten uit 1998.¹³⁷

Indien sprake is van een contractuele rechtsverhouding is de bijzondere zorgplicht een gevolg van de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW).¹³⁸ Dit zal praktisch vrijwel altijd het geval zijn tussen financiële ondernemingen en consumenten aangezien deze rechtsverhouding in veel gevallen via een overeenkomst van opdracht gaat. Indien er geen contractuele rechtsverhouding is, volgt uit het ongeschreven recht dat de financiële onderneming via de eisen van redelijkheid en billijkheid een bijzondere zorgplicht heeft.¹³⁹

De aandelenlease arresten van 2009 hebben een grote invloed gehad op de ontwikkeling van de zorgplicht.¹⁴⁰ De Hoge Raad heeft in deze arresten de maatschappelijke functie van een bank in het maatschappelijke verkeer genoemd en heeft de bijzondere zorgplicht uitgebreid naar precontractuele fase. Tevens heeft de Hoge Raad geconcludeerd dat de bijzondere zorgplicht af te leiden is uit de redelijkheid en billijkheid¹⁴¹ en de maatschappelijke betamelijkheid¹⁴². In 2013 heeft de Hoge Raad geconcludeerd dat het uit vaste rechtspraak blijkt dat op de bank een bijzondere zorgplicht rust bij relaties met particuliere beleggers.

De zorgplicht omvat onder andere dat de financiële onderneming onderzoek moet doen naar de financiële mogelijkheden, deskundigheid en doelstellingen van de consument en dat de financiële onderneming de consument dient te waarschuwen voor risico's die verbonden zijn aan de afgenomen diensten. De plicht die rust op de financiële onderneming strekt mede ter bescherming van de cliënt tegen het gevaar van een gebrek aan kunde en inzicht of van eigen lichtvaardigheid.¹⁴³

Kortom, er is een trend waarneembaar om het toepassingsgebied van de bijzondere zorgplicht steeds verder uit te breiden. In het begin hadden voornamelijk banken te vrezen voor claims gebaseerd op schending van de bijzondere zorgplicht, maar ook andere financiële ondernemingen zullen rekening moeten gaan houden met dergelijke schadeclaims. Een andere

¹³² Cherednychenko, *NTBR* 2010/11.

¹³³ Busch, *NJB* 2020/424.

¹³⁴ De Vré 2014, p. 281.

¹³⁵ HR 24 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2256 en HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238.

¹³⁶ HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238, r.o. 3.3.

¹³⁷ HR 09 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536 en HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2686.

¹³⁸ HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238, r.o. 4.1.2.3.

¹³⁹ Dit volgt uit art. 6:162 lid 2 BW namelijk dat wat in het maatschappelijk verkeer betamelijk is.

¹⁴⁰ HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, ECLI:NL:HR:2009:BH2811 en ECLI:NL:HR:2009:BH2822 (zie ook hoofdstuk 5).

¹⁴¹ Art. 6:248 lid 1 BW.

¹⁴² Art. 6:162 BW.

¹⁴³ HR 08 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, r.o. 4.3.1.

trend is dat de bijzondere zorgplicht niet alleen in acht gehouden moet worden jegens consumenten, maar ook in relatie tot niet-consumenten (bijvoorbeeld MKB-ers).¹⁴⁴

In praktijk is de invloed van de toezichtrechtelijke gedragsregels groter geworden. Aangezien het niet voor de hand ligt dat de toename van toezichtregelgeving zal afnemen, is het voor de handliggend dat de invloed op de bijzondere zorgplicht groot zal blijven. Financiële ondernemingen zullen beducht moeten zijn dat de bijzondere zorgplicht onder omstandigheden verder kan reiken dan de verplichtingen die zijn neergelegd in de toezichtregels.¹⁴⁵ Wallinga schrijft dat de Hoge Raad de wisselwerking tussen de bijzondere zorgplicht en financieel toezichtrechtelijke gedragsregels recent bevestigd.¹⁴⁶ Daarnaast stelt hij vast dat: *‘financieel toezichtrechtelijke gedragsregels niet uitputtend zijn, maar wel degelijk van belang bij het bepalen van de mate van zorg die op basis van het privaatrecht wordt verwacht’*.

In de conclusie van A-G Wissink wordt onderscheid gemaakt tussen de waarschuwingsplicht en de mededelingsplicht.¹⁴⁷ De mededelingsplicht is in dat kader reeds uitgebreid in hoofdstuk 5 aan bod gekomen. Het is interessant de verschillen van beide verplichtingen kort aan te geven aangezien in de literatuur en in de praktijk deze over één kam worden geschoren.¹⁴⁸ Volgens A-G Wissink strekt de mededelingsplicht ertoe te voorkomen dat de consument zich omtrent het betreffende punt een onjuiste voorstelling zou maken. De waarschuwingsplicht volgend uit de zorgplicht gaat verder. Deze strekt ertoe de consument indringend te waarschuwen tegen het lichtvaardig aangaan van de overeenkomst op grond van verschafte informatie (ook al was de consument zich bewust van de verbonden risico's).¹⁴⁹ Geconcludeerd kan worden dat schending van de waarschuwingsplicht daarom niet impliceert dat ook de mededelingsplicht is geschonden. Andersom is het mogelijk dat de mededelingsplicht niet is geschonden en de waarschuwingsplicht wel. A-G Wissink vat het onderscheid als volgt samen:

*De mededelingsplicht strekt tot bescherming van de partij die onvoorzichtig is in de zin dat zij ongeïnformeerd – zonder de moeite te hebben genomen om zich voldoende te informeren over de kenmerken of risico's van de transactie – contracteert. De waarschuwingsplicht strekt tot bescherming van de partij die onvoorzichtig is in de zin dat zij, hoewel geïnformeerd, lichtvaardig omgaat met de risico's die aan het contract zijn verbonden.*¹⁵⁰

Tot besluit, in de loop der jaren heeft de Hoge Raad de bijzondere zorgplicht uitgebreid voor zowel op wie de plicht rust als in welke fase (bijvoorbeeld precontractueel of contractueel). Bierens heeft de bijzondere zorgplicht samengevat en luidt volgens hem: “Er is alleen ruimte voor een bijzondere zorgplicht als de verlangde zorg verder reikt dan de zorg die in normale contractuele verhoudingen reeds voortvloeit uit de redelijkheid en billijkheid”.¹⁵¹ In de recente rechtstpraak en literatuur is het gemeengoed dat de toezichtrechtelijke gedragsregels de precontractuele en contractuele civiele zorgplicht van beleggingsondernemingen nader concretiseren.¹⁵²

¹⁴⁴ Busch, *NJB* 2020/424 en Wallinga, *SEW* 2020/1.

¹⁴⁵ HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, r.o. 4.2.5.

¹⁴⁶ Wallinga, *SEW* 2020/1 en HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, r.o. 4.2.5.

¹⁴⁷ Parket bij de HR 8 maart 2019, ECLI:NL:PHR:2019:329, paragraaf 7.9.

¹⁴⁸ Parket bij de HR 8 maart 2019, ECLI:NL:PHR:2019:329, paragraaf 7.10.

¹⁴⁹ HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4914, rov. 3.6.2.

¹⁵⁰ Parket bij de HR 8 maart 2019, ECLI:NL:PHR:2019:329, paragraaf 7.11.2.

¹⁵¹ Bierens, *NTBR* 2013/3.

¹⁵² Busch, *NJB* 2018/943.

6.4.1 Kenmerken van de bijzondere zorgplicht

In deze paragraaf wordt een overzicht van de kaders en kenmerken van de bijzondere zorgplicht gegeven.

Strekking:

- Bescherming van de consument tegen grote risico's, verschil in kennis van het financiële product, maar ook tegen eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht.

Financiële onderneming:

- Vanwege de maatschappelijke functie (bijvoorbeeld de rol in het economische verkeer en de deskundigheid) van financiële ondernemingen hebben zij een vergaande verantwoordelijkheid.

Fase:

- (Pre)contractueel.

Grondslag en correctiemechanisme:

- Op grond van art. 6:248 lid 1 BW, de eisen van redelijkheid en billijkheid.
- Op grond van art. 6:162 BW, de maatschappelijke betamelijkheid als onrechtmatig handelen.
- Schade kan vanwege eigen schuld (deels) voor eigen risico komen van de consument (art. 6:101 BW).

Verplichting financiële onderneming:

- Cliëntenonderzoek, informatievervalsing, de belangen van de consument prevaleren boven die van de financiële onderneming zelf, waarschuwen voor risico's, weigeren om bepaalde transacties uit te voeren, enz.

Het zwaartepunt van de toets ligt bij de afweging van de omstandigheden van het geval. Enkele voorbeelden zijn:

- De aard van de dienstverlening,
- Het kennisniveau en de ervaring van de consument, zijn inkomens- en vermogenspositie,
- De ingewikkeldheid van de overeenkomst,
- De risico's waaraan de consument wordt blootgesteld en de gevolgen voor hem,
- De doelstellingen van de consument en zijn risicobereidheid.

6.5 Verschillen tussen civielrechtelijke zorgplicht en publiekrechtelijke zorgplicht

Civil recht en publiekrecht komen samen doordat zij verbonden zijn in een cyclus. Door het vertrouwen van consumenten in financiële ondernemingen te waarborgen dient de bijzondere zorgplicht van financiële ondernemingen in het civiele recht derhalve indirect ook het publieke belang in goed werkende financiële markten.¹⁵³ Tussen de beide afgeleide zorgplichten is een wisselwerking te zien waarbij publiekrechtelijke regels een rol kunnen spelen bij de vraag of een financiële onderneming civielrechtelijk aansprakelijk is, maar zijn daarvoor niet doorslaggevend. Beide zorgplichten verschillen aanzienlijk op een aantal punten. De civielrechtelijke bijzondere zorgplicht is gericht op het herstel van de schade terwijl de publiekrechtelijke zorgplicht eerder een punitief karakter heeft. Dat betekent dat de civielrechtelijke bijzondere zorgplicht gericht is op individuele gevallen. De publiekrechtelijke zorgplicht daarentegen is bedoeld om het gedrag van

¹⁵³ Cherednychenko, *NTBR* 2010/11.

de financiële ondernemingen in zijn algemeenheid te reguleren. Dat betekent ook dat de toezichthouder het initiatief neemt bij publiekrechtelijke geschillen en dat de consument dit doet bij schending van de civielrechtelijke zorgplicht. In de tabel hieronder worden de kenmerkende verschillen genoemd.

	Civielrechtelijk	Publiekrechtelijk
Sanctie	Reparatoir	Punitief
Doelgroep	Individuele gevallen	Gedrag in de markt
Initiatiefnemer	Consument	Toezichthouder
Toetsmoment	Ex post	Ex ante
Invulling via de redelijkheid en billijkheid	Ja	Nee
Omstandigheden van het geval zijn van belang	Ja	Nauwelijks

Het is goed te beseffen dat consumentenbescherming wel degelijk een van de doelstellingen is van zowel de wetgever als de toezichthouder. Deze doelstelling zou een afgeleide kunnen zijn van het (primaire) doel om de financiële markten integer, transparant en betrouwbaar te houden. Zoals reeds uit hoofdstuk 2 blijkt heeft de toezichthouder bij het verwezenlijken van deze doelstelling een handhavende en sturende taak. In het civiele recht gaat het anders, aangezien de civiele rechter niet als taak heeft de bestuursrechtelijke doelstellingen te handhaven of te realiseren. De civiele rechter zal het geschil tussen partijen beslechten en zijn inmenging in het geding beperkt zich in beginsel tot wat aan hem wordt voorgelegd.¹⁵⁴ Ongeacht het civiele karakter zal de civiele rechter wel publiekrechtelijke verplichtingen in ogenschouw dienen te houden. Schending door een financiële onderneming van diens publiekrechtelijke verplichtingen betekent dan ook de civielrechtelijke zorgplicht is geschonden.¹⁵⁵ Daarbij zullen wel alle feitelijke omstandigheden van het specifieke geval meegewogen worden.

6.6 Gevolg van schending van een bijzondere zorgplicht

Schending van de bijzondere zorgplicht is de grondslag van een vordering tot schadevergoeding via wanprestatie of onrechtmatige daad. Bij schending van de zorgplicht is de financiële onderneming verplicht de schade te vergoeden die door die schending is ontstaan. De gevolgen van de overeenkomst blijven in stand. Dit is overigens anders bij een succesvol beroep op dwaling, dat leidt tot vernietiging.¹⁵⁶

6.6.1 Gevolg overtreding beleidsregel

Zoals reeds kort in paragraaf 6.5 geschreven zal de civiele rechter wel bestuursrechtelijke verplichtingen in ogenschouw houden aangezien schending door een financiële onderneming van diens bestuursrechtelijke verplichtingen betekent dat ook de civielrechtelijke zorgplicht is

¹⁵⁴ Tenzij hij ambtshalve dient te toetsen.

¹⁵⁵ Asser/De Serië 2-IV 2018/740.

¹⁵⁶ Zie hierover meer in hoofdstuk 5 van dit onderzoek.

geschonden. Het is goed te beseffen dat een beleidsregel een besluit is in de zin van de Awb. De AFM wil via beleidsregels het beleid op een specifiek onderwerp inzichtelijk en toegankelijk maken en inzicht geven in de manier waarop wordt omgegaan met open normen in haar toezicht. Dit houdt in dat een beleidsregel in beginsel werking heeft tussen de AFM en de financiële onderneming. De civiele rechter zal bij het toetsen van schending van een civielrechtelijke zorgplicht wél rekening houden met beleidsregels van de AFM indien een vergelijkbare verplichting jegens de financiële onderneming is uitgewerkt. Busch onderschrijft deze visie: *ik zou willen aannemen dat de civiele rechter ze (richtsnoeren/soft law) niet mag negeren en dus op kenbare wijze in ogenschouw moet nemen bij de beantwoording van de vraag of de bank in een concreet geval haar bijzondere zorgplicht heeft geschonden, maar er strikt genomen niet aan gebonden is*.¹⁵⁷ Beleidsregels kunnen dus in beginsel invloed hebben in een civiele procedure. Dit is interessant aangezien beleidsregels in beginsel interne werking hebben.

Consumenten kunnen zich niet rechtstreeks beroepen op de toezichtrechtelijke regels (beleidsregels inclusief). Deze regels werken echter wel door in de normen van het civiele recht en dragen bij aan de invulling van de bijzondere zorgplicht. Voorstaande wordt onderschreven door Wallinga waarbij hij tevens opmerkt dat het van belang is te benadrukken dat civiele rechters zowel strengere als soepelere verplichtingen mogen opleggen dan voortvloeien uit gedragsregels uit de Wft. De gedragsregels kunnen relevant zijn bij de vaststelling van welk gedrag in een concreet geval van financiële onderneming wordt verwacht op basis van open privaatrechtelijke normen.¹⁵⁸ Schending van een toezichtrechtelijke regel leidt meestal tot een schending van de civielrechtelijke zorgplicht (gebaseerd op redelijkheid en billijkheid).¹⁵⁹ De civiele rechter gaat in beginsel niet in op schending van toezichtrechtelijke regels die niet kunnen leiden tot schending van de civielrechtelijke zorgplicht. Doorslaggevend lijkt te zijn dat het moet gaan om een regel die ter bescherming van de consument is opgesteld (relativiteitsvereiste). Uit de rechtspraak is bekend dat de civielrechtelijke zorgplicht van, in dit specifieke geval, de kredietaanbieder verder kan reiken dan de gedragsregels die in publiekrechtelijke regelgeving of in zelfregulering zijn neergelegd.¹⁶⁰

Via de weg van de redelijkheid en billijkheid kan de civiele rechter toetsen of er al dan niet sprake is van schending van de bijzondere zorgplicht als een financiële onderneming een beleidsregel overtreedt. Of een beroep zal slagen hangt in grote mate af of de beleidsregel als doel heeft de consument te beschermen. Invulling en reikwijdte van de redelijkheid en billijkheid is afhankelijk van de specifieke omstandigheden.¹⁶¹ Factoren die een rol spelen bij de invulling zijn de aard en complexiteit van het product, aard van de dienstverlening en omstandigheden en de achtergrond van de consument.

Hiervoor genoemde heeft betrekking op een contractuele verhouding en dan gaat een beroep op schending van de bijzondere zorgplicht via de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW).¹⁶² Een beroep op overtreding van een beleidsregel zal niet snel via art. 7:401 BW gaan. Het ligt meer voor de hand om het via redelijkheid en billijkheid te doen. Te meer omdat de verschillende soorten verplichtingen als onderdeel van de algemene zorgplicht (zie paragraaf 6.3) geen aanleiding hiervoor geven. Deze lijken meer gericht op de verhouding tussen financiële onderneming en consument. Indien er geen contractuele rechtsverhouding is, volgt uit het

¹⁵⁷ Busch, *NJB* 2020/424.

¹⁵⁸ Wallinga, *THEMIS* 2018-1.

¹⁵⁹ Rb Oost-Brabant 18 september 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:5430.

¹⁶⁰ HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, r.o. 4.11.5.

¹⁶¹ HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2298, r.o. 3.4.2.

¹⁶² HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238, r.o. 4.1.2.3.

ongeschreven recht dat de financiële onderneming via het maatschappelijk betamelijke van art. 6:162 lid 2 BW een bijzondere zorgplicht heeft. De koppeling gaat dan via art. 6:162 lid 2 BW naar de eisen van redelijkheid en billijkheid. De haalbaarheid via de onrechtmatige daad kan uitdagend zijn bij de toetsing aan het relativiteitsvereiste uit art. 6:163 BW. De uitdaging zit hem erin dat de norm die geschonden is publiekrechtelijk van aard is en dat daarmee de norm niet zonder meer strekt tot bescherming tegen de schade van de consument.¹⁶³ De haalbaarheid via deze weg hangt in grote mate af van of de beleidsregel als doel heeft de consument te beschermen.

6.7 Conclusie

Dit hoofdstuk heeft de publiekrechtelijke, de algemene zorgplicht van opdrachtnemers en de bijzondere zorgplicht behandeld. Bij iedere vorm van zorgplicht is ingegaan op de relevante elementen uit de jurisprudentie en literatuur. Daarna zijn de verschillen tussen civielrechtelijke zorgplicht en publiekrechtelijke zorgplicht benoemd en samengevat in een tabel. Ten slotte zijn de juridische gevolgen van overtreding van een zorgplicht behandeld waarbij een koppeling is gemaakt naar op welke wijze dit in een civiele procedure kenbaar gemaakt moet worden. Het is goed te beseffen dat een consument zich niet rechtstreeks kan beroepen op de toezichtrechtelijke regels en dat de civiele rechter in beginsel niet ingaat op schending van toezichtrechtelijke regels die niet kunnen leiden tot schending van de civielrechtelijke zorgplicht. Hiermee kan geconcludeerd worden dat het dus moet gaan om overtreding van een regel die ter bescherming van de consument is opgesteld. Bij een contractuele rechtsverhouding kan de consument in dat geval een beroep doen op schending van de bijzondere zorgplicht via de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW). Indien er geen contractuele rechtsverhouding is kan de consument via art. 6:162 lid 2 BW (het maatschappelijk betamelijke) een koppeling maken naar de eisen van redelijkheid en billijkheid. De haalbaarheid via de onrechtmatige daad is uitdagend vanwege het relativiteitsvereiste uit art. 6:163 BW. Voor een succesvol beroep zal de geschonden norm (beleidsregel) moeten strekken tot bescherming tegen schade van de consument.

¹⁶³ HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317, r.o 3.5.

Deel 3

Conclusies

7 Conclusie

7.1 Inleiding

In dit hoofdstuk komen de belangrijkste bevindingen en conclusies van het onderzoek samen en daarmee wordt een antwoord gegeven op de in hoofdstuk 1 geformuleerde onderzoeksvraag:

“In hoeverre kan schending van een AFM beleidsregel invulling geven aan de civielrechtelijke thema’s dwaling en schending zorgplicht?”

In de volgende paragrafen worden chronologisch de (tussen)conclusies genoemd.

7.2 Financieel toezicht en beleidsregels

Het is evident dat de financiële sector het fundament van de welvaart van onze rechtsstaat is en dat daarmee het belang voor iedere burger is gegeven. Het is essentieel dat het toezicht op de financiële sector op orde is. In de Wft is het merendeel van de regels van het financieel toezicht neergelegd. De wetgever heeft in de Wft open en gesloten normen opgenomen. De AFM verstrekt met betrekking tot deze open normen beleidsregels. Doordat de wetgever heeft gekozen voor een principles-based benadering binnen de Wft is er veel vrijheid voor financiële ondernemingen om aan de open norm te voldoen. In haar rol als toezichthouder wil de AFM niet alleen een oriëntatiepunt zijn voor marktpartijen, maar tevens inzicht geven in de manier waarop zij omgaat met deze open normen. Rechters toetsen in toenemende mate aan beleidsregels, maar zijn vooral geïnteresseerd in het concrete besluit en daardoor blijven gebreken in beleidsregels in stand.

7.3 Civielrechtelijke instrumenten

Hoewel overtreding door een financiële onderneming van een norm uit de Wft in beginsel niet leidt tot nietigheid of vernietigbaarheid van de onderliggende rechtshandeling, is er een ontwikkeling waargenomen omtrent de toenemende bereidheid van consumenten om financiële ondernemingen aansprakelijk te stellen voor hun tekortschietingen. Als gevolg van art. 1:23 Wft kan de consument in beginsel bij overtreding van een publiekrechtelijke bepaling geen beroep doen op nietigheid op grond van art. 3:40 lid 2 BW. De weg van strijdigheid met goede zeden of de openbare orde ligt in dat soort gevallen wel open. De Hoge Raad heeft overwogen dat méér nodig is dan een strijdigheid met de Wft. De consument zal dan daarvoor aanvullende, zwaarwegende omstandigheden moeten aanvoeren. De belangrijkste middelen van consumenten jegens financiële ondernemingen zijn: vernietiging, ontbinding wegens tekortkoming, onrechtmatige daad en dwaling.

Het gevolg van vernietiging is dat de rechtsverhouding tussen de consument en de financiële onderneming wordt hersteld in de staat waarin deze vóór het aangaan van de overeenkomst was. Hierdoor vervalt de grondslag voor de reeds verrichte en nog te verrichten prestaties. Via art. 6:203 e.v. BW kunnen de verrichte prestaties worden teruggevorderd. De consument heeft de

bevoegdheid tot ontbinding pas wanneer de financiële onderneming in verzuim is. De ontbinding heeft tot gevolg dat de overeenkomst tussen de consument en de financiële onderneming eindigt en er ontstaat een ongedaanmakingsverplichting. Consumenten zullen beducht moeten zijn dat de ongedaanmakingsverplichting ertoe kan leiden dat hij de verkregen effecten moet terug leveren. Mogelijk gevolg is waardevermindering van de terug te leveren effecten en dat hij dit dient te vergoeden. In tegenstelling tot de vernietiging, heeft ontbinding geen terugwerkende kracht. Een samenloop kan zich bijvoorbeeld voordoen indien een beleggingsdienst wordt aangeboden zonder dat de financiële onderneming een vergunning heeft.

De onrechtmatige daad wordt veelal gebruikt in samenloop met andere rechtsmiddelen. Als een financiële onderneming de regels van financiële toezichtwetgeving overtreedt, is voor een succesvol beroep op onrechtmatige daad van belang dat deze regels wel mede beogen de consument te beschermen. Met betrekking tot dit relativiteitsvereiste is het in de algemene privaatrechtelijke praktijk lastig aan te tonen dat de norm die overtreden strekt tot bescherming van het geschonden belang van de benadeelde. Binnen het financieel recht is dit in mindere mate uitdagend, omdat de Wft de consumenten tegen onbehoorlijk handelen van financiële ondernemingen beschermt en is daarmee de onrechtmatigheid gegeven. Dit geldt eveneens bij schending van prudentiële regels.

De civiele rechter is formeel niet gehouden om de opvatting van de AFM te volgen. Wel wordt door hem gewicht toegekend aan interpretaties van Wft-bepalingen. Deze interpretaties zijn hulpmiddelen voor de civiele rechter. De verwachting is dat de civiele rechter meer en meer de geldende publiekrechtelijke normen gaat toepassen in een civiele procedure.

7.4 Dwaling

De hoofdregel is dat dwaling voor eigen rekening en risico komt. Het recht kent drie gevallen waarin een dwaling leidt tot vernietigbaarheid, zijnde (i) dwaling vanwege een (onjuiste) mededeling, (ii) het niet nakomen van een mededelingsplicht en (iii) wederzijdse dwaling. Blijkens de aandelenlease-arresten van 5 juni 2009 is de Hoge Raad terughoudend om vernietiging op basis van dwaling te rechtvaardigen.

7.4.1 Dwaling vanwege een (onjuiste) mededeling

Dit betreft een dwaling die te wijten is aan een (onjuiste) mededeling. De financiële onderneming die een onjuiste mededeling doet aan de consument had behoren te weten dat de consument uiteindelijk niet aan de overeenkomst gehouden wil zijn. De consument zal rekening dienen te houden met enige mate van onjuistheid van mededelingen, maar het uitgangspunt blijft wel dat op de mededelingen vertrouwd mag worden.

Eisen:

1. Dwaling is te wijten aan een (onjuiste) mededeling.
2. De financiële onderneming had de consument correct moeten inlichten.
3. De consument heeft een onderzoeksplicht om de inlichtingen op juistheid te beoordelen.

7.4.2 Niet nakomen van een mededelingsplicht

Volgens A-G Wissink is voor een succesvol beroep op dwaling wegens het niet nakomen van een mededelingsplicht, vereist dat: (i) de dwalende is uitgegaan van een onjuiste voorstelling van zaken, (ii) die voor het aangaan van de overeenkomst voor de dwalende causaal was en (iii) dat de wederpartij een mededelingsplicht had.

Dwaling veronderstelt onwetendheid of een onjuiste voorstelling van de werkelijkheid. Bij enige twijfel is een succesvol beroep op dwaling daarom niet mogelijk. Degene die zich beroept op dwaling zal volgens de Hoge Raad aannemelijk moeten maken dat zij bij een juiste voorstelling van zaken de overeenkomst niet (of onder dezelfde voorwaarden) zou hebben gesloten en dit dient bij de financiële onderneming kenbaar te zijn. Hiermee is de causaliteit gegeven. Omtrent de laatste eis is van belang te beseffen dat de consument jegens de financiële onderneming een op redelijkheid en billijkheid gebaseerde onderzoeksplicht heeft en dat de financiële onderneming op dezelfde gronden een informatieplicht heeft. Onder welke omstandigheden een mededelingsplicht op de wederpartij rust is casuïstiek en daardoor is het lastig om algemene regels te formuleren. Vaststaat is dat dwaling voor eigen rekening van de consument komt indien er een mededelingsplicht van de financiële onderneming is én de verstrekte informatie voldoende duidelijk was waarbij de consument een zekere inspanning dient te verrichten om de wezenlijke kenmerken en gevaren te begrijpen.

Eisen:

1. Consument is uitgegaan van een onjuiste voorstelling van zaken.
2. Geen toepassing als er enige twijfel bij de consument was.
3. Causaal verband.
4. Bij de financiële onderneming rust een mededelingsplicht en informatieplicht.
5. Op de consument rust een onderzoeksplicht.

In het onderzoek is aan de hand van De T. / Dexia arrest (+ fictieve elementen) getoetst in hoeverre overtreding van een beleidsregel invulling kan geven aan de dwalingsthematiek. De conclusie is dat een beroep op dwaling vanwege een (onjuiste) mededeling niet zo snel gehonoreerd wordt terwijl een beroep op dwaling vanwege het niet nakomen van een mededelingsplicht mogelijk wel wordt gehonoreerd.

7.5 Zorgplicht

De rechtsverhouding tussen een financiële onderneming en consument gaat meestal via een overeenkomst van opdracht. Daardoor worden handelingen van financiële ondernemingen ook getoetst aan civielrechtelijke zorgplichten (ook wel: de algemene zorgplicht van opdrachtnemers). Naast de zorgplicht uit hoofde van art. 7:401 BW kunnen art. 6:2 en 6:248 lid 1 BW aanvullende werking hebben. De zorg die in acht genomen dient te worden hangt samen met de zogenaamde 'maatman'. Het begrip maatman biedt de civiele rechter een ijkpunt dat gebruikt wordt bij het vaststellen of sprake is van onrechtmatig handelen of wanprestatie door de financiële onderneming jegens de consument.

De bijzondere zorgplicht is door de Hoge Raad bevestigd en rust op financiële ondernemingen. Dit type zorgplicht wordt gezien als hoeksteen van de relatie tussen financiële ondernemingen en particuliere consumenten. De maatstaf van de bijzondere zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval. Van grote invloed zijn de aandelenlease arresten uit 2009 geweest, de Hoge Raad heeft toen o.a. geconcludeerd dat de bijzondere zorgplicht af te leiden is uit de redelijkheid en billijkheid en de maatschappelijke betamelijkheid. In 2013 heeft de Hoge Raad geconcludeerd dat op de financiële onderneming de plicht rust om de consument te waarschuwen voor risico's die verbonden zijn aan de afgenomen diensten. De mededelingsplicht is er om te voorkomen dat de consument zich omtrent het betreffende punt een onjuiste voorstelling zou maken, de waarschuwplicht volgend uit de zorgplicht gaat verder. Deze strekt ertoe de consument indringend te waarschuwen tegen het lichtvaardig aangaan van de overeenkomst op grond van verschaft informatie.

Een algemene publiekrechtelijke normstelling van zorgvuldigheid is opgenomen in art. 4:25 Wft. Dit artikel bepaalt dat een financiële onderneming consumenten zorgvuldig dient te behandelen en dat de financiële ondernemingen moeten handelen in het belang van de consument. De publiekrechtelijke zorgplicht heeft een meer punitief karakter, terwijl de civielrechtelijke bijzondere zorgplicht is gericht op het herstel van de schade.

De civiele rechter zal het geschil tussen partijen beslechten en zijn inmenging in het geding beperkt zich in beginsel tot wat aan hem wordt voorgelegd. Ongeacht het civiele karakter zal de rechter wel publiekrechtelijke verplichtingen in ogenschouw dienen te houden. Schending door een financiële onderneming van diens publiekrechtelijke verplichtingen betekent ook dat de civielrechtelijke zorgplicht is geschonden. Bij de toetsing of sprake is van schending van een civielrechtelijke zorgplicht zal de civiele rechter rekening houden met beleidsregels van de AFM. Hiermee kunnen beleidsregels dus in beginsel invloed hebben in een civiele procedure. De consument kan zich alleen niet rechtstreeks beroepen op toezichtrechtelijke regels (dus ook beleidsregels). Deze regels werken echter wel door in de normen van het civiele recht en dragen bij aan de invulling van de bijzondere zorgplicht. Schending van een toezichtrechtelijke regel leidt meestal tot een schending van de civielrechtelijke zorgplicht (gebaseerd op redelijkheid en billijkheid), hoewel het een en ander afhangt in welke mate de beleidsregel als doel heeft de consument te beschermen.

7.6 Conclusie onderzoeksvraag

De onderzoeksvraag kan aan de hand van de hiervoor samengevatte overwegingen en uitkomsten als volgt worden beantwoord:

Een beroep op dwaling vanwege schending van een beleidsregel van de AFM zal op grond van dwaling vanwege een (onjuiste) mededeling niet zo snel gehonoreerd worden, terwijl een beroep op dwaling vanwege het niet nakomen van een mededelingsplicht mogelijk wel gehonoreerd wordt hoewel dit afhangt van de omstandigheden van het geval.

Een beroep op schending zorgplicht zal niet snel via art. 7:401 BW gaan, maar via de redelijkheid en billijkheid zal schending van de civielrechtelijke zorgplicht worden aangenomen als de beleidsregel het doel heeft de consument te beschermen.

Geraadpleegde literatuur

Arons & De Jong 2017

T.M.C. Arons & B.J. de Jong, 'Een nieuwe Verordening voor prospectus 2.0: minder lasten, meer flexibiliteit en relevantie', *Ondernemingsrecht* 2017/17.

Bierens 2013

B. Bierens, 'Het waarheen en waarvoor van de bancaire zorgplicht', *NTBR* 2013/3.

Van Boom 2006

Van Boom, 'Financiële toezichtwetgeving en nietige overeenkomsten', *VrA* 2006 / 1.

Bröring 1993

H.E. Bröring, '*Beleidsregels, een beknopte biografie*', in: J.L. Boxum e.a., *Aantrekkelijke gedachten*, Deventer: Kluwer 1993, p. 395.

Busch 2010

D. Busch e.a., *Onderneming en financieel toezicht (Onderneming en recht, nr. 57)*, Deventer: Kluwer 2010.

Busch 2018

D. Busch, 'Financieel recht in crisis?', *NJB* 2018/943.

Busch 2020

D. Busch, 'De toekomst van de bijzondere zorgplicht in de financiële sector', *NJB* 2020/424.

Cortenraad 2012

W.H.F.M. Cortenraad, 'Hoe bijzonder is de bijzondere zorgplicht?', *Ondernemingsrecht* 2012/128.

Cherednychenko 2010

O.O. Cherednychenko, 'De bijzondere zorgplicht van de bank in het spanningsveld tussen het publiek- en privaatrecht', *NTBR* 2010, 11.

Cherednychenko 2012

O.O. Cherednychenko, 'Het private in het publiek recht: over de opmars van het financieel 'toezichtprivaatrecht' en zijn betekenis voor het verbintenissenrecht', *Rechtsgeleerd magazijn Themis* 2012 / 5.

Cherednychenko 2014

O.O. Cherednychenko, 'Verboden rechtshandelingen in het financiële bestuursrecht in civielrechtelijk perspectief', *MvV* 2014, p. 2-2.

Cherednychenko 2014

O.O. Cherednychenko, 'Verantwoorde kredietverstrekking aan consumenten in een multilevel governancestelsel', *TvC* 2014/4.

Van Eersel 2014

M. van Eersel, 'Hypothecair krediet: de klant centraal of soms toch niet?', *MvV* 2014, p. 4-4.

Eisma 2007

S.E. Eisma, 'De Wet op het financieel toezicht: een overzicht', *Ondernemingsrecht* 2007/2.

Grundmann-van de Krol 2014

C.M. Grundmann-van de Krol, 'MiFID II en MiFIR een feit: vervolg op Ondernemingsrecht 2011/117', *Ondernemingsrecht* 2014/62.

Hartkamp & Sieburgh 2014

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Hijma

Jac. Hijma, 'commentaar op art. 6:228 BW', in: R.J.Q. Klomp & H.N. Schelhaas (red.), *Groene Serie Verbintenissenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer.

Hijma 2013

Jac. Hijma, *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2013.

Hugenholtz & Heemskerk 2015

Hugenholtz & Heemskerk, "*Hoofddijnen van het Nederlands Burgerlijk procesrecht*", Dordrecht: Convoy Uitgevers 2015.

Jansen 2012

K.J.O. Jansen, *Informatieplichten*, (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2012.

Jansen 2013

K.J.O. Jansen, 'Aansprakelijkheid voor onjuiste informatieverstrekking', *NTBR* 2013/7.

Nelemans & Rinkes 2019

M.D.H. Nelemans en J.G.J. Rinkes, 'Zorgplichten en dwaling bij renteswaps', *NTHR* 2019-6.

Van Opbergen 2013

N.A. van Opbergen, 'De wenselijkheid van een algemene zorgplicht in de Wft', *Onderneming en Financiering* 2013 (21) 2.

De Poorter

J. de Poorter, commentaar op art. 1:3 Awb, in: T.C. Borman en J.C.A. de Poorter, *Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Rijkels

T&C Pensioenrecht, commentaar op artikel 1:23 Wft

Rinkes 2010

J.G.J. Rinkes, *Oneerlijke handelspraktijken en handhaving van consumentenbescherming in de financiële sector: een consumentenrechtelijk perspectief*, Preadvies Vereniging voor Effectenrecht 2010

Scheltema & Scheltema 2009

A.H. Scheltema & M. Scheltema, *'Financieel toezicht in bestuursrecht en privaatrecht. Noodzakelijke veranderingen na de crisis'*. Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2009, Deventer: Kluwer 2009.

De Serière 2018

V.P.G. de Serière, *Asser 2-IV Effectenrecht. Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IV. Effectenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

De Serière & Jennen 2017

V.P.G. de Serière & B.C.G. Jennen, 'De betekenis van 'soft law' in de financiële toezichtwetgeving', *Ondernemingsrecht* 2017/143.

Sieburgh 2018

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Tienstra & Van de Laar 2011

K.L. Tienstra en A.F.N. van de Laar, 'Precontractuele informatieverplichtingen voor financiële dienstverleners', *V&O* 2011, p. 235-241.

Tjong Tjin Tai 2018

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Tollenaar 2014

A. Tollenaar, 'Het succes van de codificatie van de beleidsregel in de Awb', *Netherlands Administrative Law Library*, januari 2014.

Van Tuyll 2012

C.F.J. van Tuyll, 'Enkele AFM-boetebesluiten ter zake van overkreditering langs de lat van het bepaalbaarheidsgebod', *O&F* 2012-2, p. 30-38.

Verhey 2015

L.F.M. Verhey, 'De markttoezichthouder als wetgever', *RegelMaat* 2015-3, p. 165-169.

De Vré 2014

I. de Vré, 'De bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners onder toezicht', in: T. Gerverdinck, J. van Heusden, I. Bij de Vaate en R. Kuiper, 'Wetenschappelijk Bijdragen; Bundel ter gelegenheid van het 35-jarig bestaan van het wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad der Nederlanden', Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2014, p. 279-298.

De Vries & Aelen 2016

F. de Vries en M. Aelen, 'Ontwikkelingen in de publieke verantwoording door financieeltoezichthouders', *TvT* 2016-1, p. 7-28.

Wallinga 2020

M.W. Wallinga, 'Privaatrechtelijke aansprakelijkheid bij schending MiFID II: complementariteit en beleggersbescherming', *SEW* 2020/01.

Wallinga & Pijls 2018

M.W. Wallinga en A.C.W. Pijls, 'De wisselwerking tussen Europees financieel toezichtrecht en nationaal privaatrecht', *THEMIS* 2018/1

Van Wijk, e.a., 2014

Van Wijk, e.a., *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014

Wijngaards & Khan 2014

A.E.H.M. Wijngaards en M.A.A. Khan, 'Gedrag in het prudentieel toezicht', *O&F* 2014-3.

Van der Zanden 2018

P.M. van der Zanden, 'Rechtsstatelijke vragen bij het functioneren van toezichthouders, in het bijzonder de AFM met betrekking tot accountants', *TvOB* 2018/6 p. 159-175.

Kamerstukken II 2001-2002, 28 197, 3, p. 56.

Kamerstukken II 2003/04, 29 708, 3, p. 6.

Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 390-395.

Kamerstukken II 2005/06, 29 708, 19, p. 515.

Kamerstukken II 2012/13, 33 632, 3, p. 27.

Parl. Gesch. Boek 6, p. 909

Staatscourant 2013, 26584

Staatscourant 2018, 72699

Geraadpleegde jurisprudentie

Hof van Justitie EU

HvJ EU, 16 juli 1998, nr. C-210/96

Hoge Raad

Hoge Raad 28 maart 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC4258
Hoge Raad 17 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2250
Hoge Raad 24 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2256
Hoge Raad 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238
Hoge Raad 09 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536
Hoge Raad 10 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2629
Hoge Raad 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2686
Hoge Raad 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2826
Hoge Raad 08 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2982
Hoge Raad 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317
Hoge Raad 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6541
Hoge Raad 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2410
Hoge Raad 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815
Hoge Raad 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811
Hoge Raad 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822
Hoge Raad 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4914
Hoge Raad 08 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600
Hoge Raad 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3424
Hoge Raad 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2885
Hoge Raad 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107
Hoge Raad 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2298
Hoge Raad 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046

Parket bij de Hoge Raad

Parket bij de Hoge Raad 15 november 1957, ECLI:NL:PHR:1957:AG2023
Parket bij de Hoge Raad 21 januari 1966, ECLI:NL:PHR:1966:AC4621
Parket bij de Hoge Raad 8 maart 2019, ECLI:NL:PHR:2019:329

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

ABRvS 27 juli 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU0140

Gerechtshoven

Hof Arnhem-Leeuwarden 21 mei 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:4754

College van Beroep voor het bedrijfsleven

CBb 7 februari 2014 ECLI:NL:CBB:2013:260

CBb 20 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:274

Rechtbanken

Rechtbank Rotterdam 3 maart 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1666

Rechtbank Oost-Brabant 18-09-2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:5430

Rechtbank Amsterdam 30 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3675